

# **DE LA RAZÓN A LA RAZONABILIDAD**

*Aproximación crítica a la teoría de ponderación de principios de Robert Alexy.*

**CALIXTO MORALES PÁJARO**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE BOGOTÁ**

**FACULTAD DE FILOSOFÍA**

**MAESTRÍA EN FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA**

**2018**

# **DE LA RAZÓN A LA RAZONABILIDAD**

*Aproximación crítica a la teoría de ponderación de principios de Robert Alexy.*

**CALIXTO MORALES PÁJARO**

**Tesis de posgrado presentada como requisito para optar el título de  
Máster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica.**

**Asesor:**

**HERNÁN MARTÍNEZ FERRO**

**UNIVERSIDAD LIBRE**

**FACULTAD DE FILOSOFÍA**

**MAESTRÍA EN FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA**

**2018**

Aprobado por el profesorado de la  
Facultad de Filosofía en cumplimiento  
de los requisitos para otorgar el título de  
Máster en Filosofía del Derecho y Teoría  
Jurídica.

---

**Jurado N.º 1**

---

**Jurado N.º 2**

---

**Jurado N.º 3**

Medellín, Antioquia, 5 de julio de 2018.

**A los seres perturbados por el saber,  
por más que lo intenten este mundo ya no  
les pertenece.**

## TABLA DE CONTENIDO

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>7</b>
<b>2. REFLEXIONES PRELIMINARES .....</b>	<b>12</b>
<b>2.1. Legitimidad racional del Derecho.....</b>	<b>12</b>
<b>3. LA DECADENCIA DE LA RAZÓN .....</b>	<b>20</b>
<b>3.1. Resumen .....</b>	<b>20</b>
<b>3.2. Modernidad y Verdad Metódica.....</b>	<b>22</b>
<b>3.3. Hermenéutica y Comprensión.....</b>	<b>37</b>
<b>3.4. De la Razón a la Razonabilidad .....</b>	<b>41</b>
<b>4. APLICACIÓN DE PRINCIPIOS JURÍDICOS Y/O DERECHOS</b>	
<b>FUNDAMENTALES.....</b>	<b>50</b>
<b>4.1. Indeterminación del derecho.....</b>	<b>50</b>
<b>4.2 La Teoría de Ponderación de Principios de Robert Alexy .....</b>	<b>57</b>
<b>4.2.1. Reglas y Principios.....</b>	<b>57</b>
<b>4.2.2 Aplicación de reglas. Observaciones críticas necesarias. ....</b>	<b>64</b>
<b>4.2.3. Aplicación de principios (ponderación y su estructura) .....</b>	<b>68</b>
<b>4.3. De regreso a Dworkin .....</b>	<b>75</b>
<b>4.4. Jerarquización de principios constitucionales.....</b>	<b>83</b>
<b>5. PONDERACIÓN DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO.....</b>	<b>91</b>
<b>6. CONCLUSIONES.....</b>	<b>97</b>
<b>7. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>102</b>

“Una filosofía es una suma coherente o no es, pero expresa al individuo, no a la indisoluble humanidad. Debe mantener, en consecuencia, una apertura sobre los desarrollos que seguirán, en el pensamiento humano... donde los que piensan, en tanto que rechazan su alteridad, lo que no son, están ya ahogados en el universal olvido. Una filosofía no es nunca una casa, sino una obra en construcción...”

**GEORGES BATAILLE.** Teoría de la religión.

## 1. INTRODUCCIÓN

Hemos tenido el infortunio de encontrarnos ante un tema que carece de aplicabilidad en nuestro contexto. A veces, las *verdades* más obvias son comúnmente ignoradas, permanecen indiferentes justo ante nuestros ojos. El desarrollo de una teoría de la argumentación jurídica con miras a la solución del problema de legitimidad de la disciplina jurídica requiere, como sustrato mínimo, presentarse de cara a una sociedad con una legitimación, en buena medida, de carácter legal-racional, en términos de Weber.

Una teorización que pretenda dar cuenta de cómo y en qué medida es posible la fundamentación racional de una decisión judicial, poco o nada dice de nuestra realidad. Una sociedad que espera encontrar el sentido de justicia en un caudillo, en el chamán, no es el contexto apropiado para hablar de racionalidad.

Lo preocupante, y allí reclama cabal importancia esta monografía, es que las teorías de la argumentación son tema en boga de un tiempo para acá. No solo como el sueño de lo que algún día podría ser aplicado a nuestro contexto, sino como una realidad innegable e indiscutible. Se asume con plena certeza que la aplicación de estas teorías es apropiada a nuestro contexto y que, en efecto, dotan de racionalidad las decisiones judiciales.

En nuestro país, el del Sagrado Corazón, sería más acertado afirmar que los límites al arbitrio del operador jurídico se encuentran en el artículo 413 del código penal (prevaricato) y en la

amenaza de una investigación disciplinaria por parte del aún sobreviviente Consejo Superior de la Judicatura.

Ahora bien, desde un punto de vista teórico, la problemática planteada en el presente proyecto supera en complejidad cualquier objetivo que podamos plantearnos en nuestro modesto estudio. Como ya se advirtió, dentro de la comunidad jurídica actual se ha puesto de moda hablar de la ponderación de principios de carácter constitucional, pero pocos son conscientes de los alcances de esta teoría y de los problemas centrales que entran en juego en tal discurso. Una teorización seria sobre la aplicación de principios debe dar cuenta de la legitimidad de las decisiones judiciales -con razón plantea Habermas que allí donde existen Tribunales Constitucionales la legitimidad de sus decisiones, son asunto controvertido (Habermas, 2005, pág. 312).

Apelar a una teoría de aplicación de principios, sea la ponderación o el balanceo (que no son lo mismo aunque en el escenario Colombiano se confundan), es tratar de encontrar una autocomprensión metodológica del derecho que pueda satisfacer el ideal de racionalidad de la administración de justicia; de lo contrario, como en el ejemplo de Hart, deberíamos volver a preguntarnos qué diferencia la orden de un ladrón de la orden contenida en una norma jurídica, pues, solo nos quedaría desnudo el elemento de la coacción.

Lo que cabe aquí preguntarse es por qué debemos obedecer la orden de un juez, y la respuesta, por lo menos atendiendo al caso de aplicación de principios debe referirse a la racionalidad de tal decisión, o si se quiere, a que tal decisión no sea el resultado del arbitrio del operador judicial.



La presente investigación se desarrolla, *grosso modo*, como una aproximación crítica a la teoría de Robert Alexy, que hoy se estructura como la más depurada en cuanto a ponderación de principios constitucionales, para determinar la consistencia de la misma, si esta satisface el ideal de racionalidad de administración de justicia sin perder de vista el valioso principio de la seguridad jurídica.

Planteadas algunas reflexiones preliminares, cuyo objeto es problematizar el tema a tratar a lo largo de este escrito, se empezará por analizar, desde el orden teórico, la crisis de la razón de la modernidad, el intento de revaloración del concepto de racionalidad práctica y la recuperación del estatus de la Doxa.

En nuestro tercer apartado, *La decadencia de la razón*, nos hemos permitido realizar un breve recuento de la encrucijada epistemológica en la que nos hallamos luego de haber entrado en crisis las bases fundamentales de las ciencias fisicomatemáticas, su imagen del mundo; todo ello cumpliría el modesto objetivo de hacernos entender cómo el concepto de razonabilidad gana espacio en oposición al concepto de razón –de razón técnica–; concepto de razonabilidad de las cuales beben las modernas teorías de la argumentación.

Pero allí debe dejarse claro que, la concepción de razón técnica no es predicable en las ciencias comprensivas, entre ellas el derecho, no solo por ser esencialmente disímiles a las ciencias fisicomatemáticas, sino, en mayor medida, porque tal concepto de razón es insostenible, porque el proyecto de la modernidad en definitiva fracasó. Habremos de reconocer que debe haber otras u otras formas de acceder al conocimiento además del método científico. La hermenéutica se

presentaría como una vía y, máxime en las ciencias comprensivas y sobre todo en la ciencia jurídica, en donde la interpretación juega un vasto papel.

Luego, en nuestro siguiente apartado, *Aplicación de principios jurídicos y/o derechos fundamentales*, se trae a colación la problematización que hace Habermas en el capítulo V de *Facticidad y Validez*; allí se muestra como dada la indeterminación inmanente al derecho, más notoria en los *hard cases*, se hace necesaria la interpretación del operador jurídico de forma tal que se satisfaga tanto el principio de seguridad jurídica como el de la corrección normativa o racionalidad de la administración de justicia, prestando particular atención a la propuesta de Dworkin, considerada por Habermas como la tentativa de evitar las deficiencias de la propuesta del realismo, el positivismo y la hermenéutica jurídica.

A renglón seguido se pretende analizar y reescribir las características generales y las pretensiones de la teoría de la ponderación de Robert Alexy propuesta en la Teoría de los Derechos Fundamentales, haciendo referencia también a su Epílogo para hacer algo de justicia a sus posteriores desarrollos; allí se presta especial atención al binomio de distinción normativa reglas-principios, al ser este un sustrato indispensable y que posibilita el desarrollo de su teoría, y se describe a grandes rasgos la estructura de la ponderación como estocada final de la aplicación del principio de proporcionalidad, diferenciando, pero a la vez reconociendo las deudas que tiene la teoría de Alexy con la propuesta de Dworkin.

Ahora bien, tal y como se anunció desde el mismo título de la investigación, esta aproximación a la propuesta de Alexy se realiza de una forma crítica, por lo que no se pierde oportunidad alguna

para, a lo largo de todo el capítulo, ir realizando objeciones de la mano de grandes teóricos como Habermas y García Amado, y que van desde la forma en cómo Alexy entiende el derecho y la estructura de los principios jurídicos, hasta el gran problema de criterios que genera la pretensión de jerarquización de los mismos.

En el último apartado, *Ponderación de las medidas de aseguramiento* se hace alusión a un caso de la jurisprudencia colombiana en el cual se remite explícitamente a la teoría de Robert Alexy; esto le da relevancia al trabajo, en el entendido de que, pese a que se pueda considerar que esta no es una teoría apropiada para nuestro contexto, es aceptada y asumida por nuestras Cortes -sería fácil encontrar un ejemplo en la Corte Constitucional-. Aterrizar en un caso jurisprudencial nos ayuda a entender más de cerca la teoría de la ponderación, con todo y sus sinsabores, máxime en este particular caso, y por ello llama especial atención, en el cual medios y fines están definidos y la aplicación del principio de proporcionalidad se encuentra reglado.

Se deja en manos del lector este texto que, vale la pena decirlo, ha resultado muy distinto a lo que inicialmente se había pensado sobre el tema. Al abordar el tema, en un principio se partió de una postura de defensa ciega de la teoría de Alexy, pero al estudiarla a fondo, a través del cristal de la crítica desapasionada, no deja más que dudas, vacíos y, porque no decirlo, inconsistencias y contradicciones entre las pretensiones teóricas y el camino al cual nos conduce. Si las teorías de la argumentación jurídica no pueden resolver el problema de la racionalidad de la administración de justicia, si solo se dedican a disfrazar la discrecionalidad de operador, por ejemplo, con una metodología innecesariamente matematizada, serían simples decisionistas en negación.

## 2. REFLEXIONES PRELIMINARES

### 2.1. Legitimidad racional del Derecho

Si no se nos está permitido apelar a una divinidad o a la razón -divinidad de la modernidad- para derivar la validez o legitimidad de una norma jurídica -en el sentido más amplio del concepto- nos hallamos en un estado de infundamentabilidad del derecho que salta de bulto: ¿Por qué habría de obedecerse tal o cual norma jurídica o tal o cual decisión judicial?

Hemos de confesar que tal situación no nos deja conciliar el sueño, esto equivale a afirmar que después de cinco años de estudios de pregrado nos dedicamos a memorizar normas –leyes y jurisprudencias- y hasta a defenderlas, sin tener la más remota idea de en donde reposa su obligatoriedad.<sup>1</sup> El problema de la legitimidad de las leyes *formales* podemos apartarlo de momento exponiendo la respuesta trivial de las teorías contractualistas, pues, la actividad parlamentaria está basada en un principio de democracia decisionista. Pero la legitimidad de la decisión judicial carece de este tipo de justificación teórica, esta debe basarse en un concepto de

---

1 Cierta tarde un amigo, dedicado a la docencia, recibió una llamada con el objeto de solicitar ayuda para una tarea escolar de su hija; este hubo de trasladar la pregunta por ser más del área del derecho. La crisis que hubo de causarme la pregunta es indescriptible, la pregunta era más o menos la siguiente: ¿Cuáles son las normas jurídicas y morales que debemos obedecer? Naturalmente se trataba de una equivocación, si se pretendía que una niña, que no supera los diez años, diera respuesta satisfactoria a semejante interrogante, habría perdido por lo menos cinco o seis años de reflexiones, pero tal pregunta, hoy en día, no deja de perturbarnos.

representación argumentativa: facultad de examinar, por vía argumentativa, la racionalidad de las decisiones adoptadas por el legislativo para evitar sus excesos.

En este contexto han de jugar un papel importante las teorías de la argumentación que nos resultan contemporáneas y, de hecho, su construcción teórica no es gratuita sino, por el contrario, la respuesta a esta infundamentabilidad ya anotada. Recordemos que en la modernidad las disciplinas espiritual-científicas intentaron imitar los modelos de las ciencias fisicomatemáticas al ver en su funcionalidad prueba de su garantía de conocimiento, panorama que no excluye el terreno de la interpretación: si las ciencias morales, con toda la antigüedad que les caracterizaba no habían logrado ningún tipo de avance y por el contrario se sofocaban en las mismas discusiones planteadas desde la Grecia antigua y las recientes ciencias fisicomatemáticas avanzaban de forma indiscutible, no había más opción que, y de hecho suena razonable, adoptar los nuevos modelos de las ciencias “exactas”. La importancia de este tema para la *Ius* Filosofía y la teoría jurídica está en su conexidad íntima con las pretensiones de legitimidad del derecho (Neumann, 2006, pág. 13). En el terreno de la interpretación del *ius* esto se verifica con el modelo de aplicación del derecho de carácter silogístico, producto en parte de la desdeificación de la imagen del mundo, pues, el *ius* siempre se miró como religión y desde la modernidad esto era imposible.

En este orden, la concepción de la decisión judicial como un simple silogismo, propia de las escuelas de pensamiento de corte formalistas (exégesis y conceptualismo), no intentaban más que reproducir, en el ámbito de la disciplina jurídica, una especie de modelo axiomático. Las normas, al ser producto de la razón, se tornaban necesarias e indiscutibles y por ende podían ser pensadas como axiomas de los cuales se podían deducir las verdades jurídicas que solucionaran cada caso.

La concepción de la tarea decisional del juez como una actividad silogística asegura, desde un orden teórico, la univocidad de la decisión judicial so pretexto de que esta satisfaga los criterios del entonces dominante concepto de “ciencia” que la modernidad impuso como marco para establecer qué debía llamarse verdad, qué merecía un status cognitivo. Esto es más que un claro ejemplo de lo determinada que se encontraba la disciplina jurídica por las exigencias científicas.

En cuanto al modelo axiomático, su ideal era la posibilidad de encontrar un conjunto de axiomas de los que se deduzcan todas las verdades del sistema, cosa que equivaldría en el campo jurídico a un conjunto de normas que tuviesen respuesta a todos los casos posibles, vale decir, la idea de un derecho completo –uno de los pilares de las teorías *iuris* positivistas- y con ello de un mundo en donde el ideal de la seguridad jurídica logra su total completud.

La idea de que el intérprete pueda aplicar de forma pasiva un texto implica que, por parte de este, no se produzca ningún tipo de agregación valorativa a la hora de esta tarea. Que el texto se adecúe al caso específico en su completud característica de cosa. Pensamiento este que responde al modelo propio de la ciencia de la modernidad. Así como en este tipo de ciencias se cree en una relación sujeto-objeto, en la cual es evidente su independencia y distinción, y en la posibilidad del estudio de ese objeto con nulidad de subjetividad, se conceptúa al texto como un objeto y al intérprete como un sujeto de forma tal que la imagen de la Naturaleza de aquella ciencia de la modernidad sea también asumida por las disciplinas comprensivas (ciencias del espíritu).

Esta manera de ver las cosas encuentra su máxima expresión, en el campo jurídico, como ya se ha anotado, en los lineamientos de la Escuela Exegética; a la que, con justa causa, califica el

profesor Mercado como “la quinta esencia del racionalismo cartesiano” (Mercado, 2001, pág. 51). Para la mencionada Escuela Exegética, la decisión judicial era reductible a un silogismo lógico, en donde norma, caso y decisión, serían respectivamente la premisa Mayor, premisa menor y conclusión. En este mismo sentido Recaséns Siches nos dice lo siguiente:

(...) la tesis de que sólo la ley escrita podía ser la fuente de decisiones concretas, y de que la función judicial consistía exclusivamente en la mecánica de un silogismo, cuya premisa mayor debía ser el texto aplicable; la premisa menor, la constatación de los hechos; y la consecuencia, el fallo. Éstos fueron los lemas sobre los cuales se desarrolló en Francia la Escuela Exegética, la cual comprendió la casi totalidad de los más ilustres profesores y tratadistas durante muchos decenios. (Recaséns, 1956, pág. 190)

Precisamente, como se estudia en lógica formal, la premisa Mayor consiste en una verdad ya dada e indiscutida desde esa disciplina. Para el derecho, la existencia de ese tipo de norma jurídica capaz de satisfacer las características que la lógica formal exige a una premisa Mayor, se hallaba justificada en los postulados de las doctrinas iusnaturalistas. Asumido el hecho, planteado por los iusnaturalistas, de la existencia de un acumulado de normas que son la manifestación de la racionalidad pura en el terreno de lo humano, debía aceptarse la incuestionabilidad del contenido de dichas normas, vale decir, del derecho natural. Piénsese, por ejemplo, en los derechos del hombre y del ciudadano, producto de los dictados de la razón, y recordemos que la escuela exegética es contemporánea con la Revolución Francesa.

A raíz de la publicación del Código Civil de Napoleón, la idea de la omnisciencia y de la omnicomprensión de la ley escrita, así como la concepción mecánica de la función judicial,

alcanzan un grado de frenética apoteosis. A este resultado contribuyeron varios factores, algunos de tipo político, otros que fincaban en la convicción de que aquel código era la expresión perfecta del auténtico derecho natural, y, también y sobre todo, la proyección que se hacía del culto de la aplicación de la razón matemática y de la lógica formal deductiva al campo jurídico. (Recaséns, 1956, pág. 184)

Teniendo asegurada una premisa Mayor indiscutible, una especie de derecho intemporal, absoluto y universal, bastaría con realizar un simple acto de subsunción de los hechos en la norma apropiada para así obtener una proposición conclusiva. Proposición que, siendo la estructura del silogismo correcta, también correspondería a una verdad. En este sentido es que apunta el profesor David Mercado al afirmar que dicha conclusión “se tiene como la única posible ya que eso es lo propio de todos los silogismos. Poseer una única conclusión que por serlo es la verdad” (Mercado, 2001, pág. 51).

Adoptar esta posición permitía posicionar a la disciplina del derecho en un status científico, y allí radicaba su seducción. ¿Cómo no dejarse tentar de la posibilidad de autodenominarse ciencia? Afirmar que el juez subsume en la norma el caso que pretende resolver, y así halla su unívoca solución, permite hablar de método, dado que la labor del juez sería mecánico-reproductiva, y permite hablar de verdad, amén de la tajante respuesta afirmativa a la pregunta por la existencia de una respuesta correcta en el derecho. Eso sin mencionar que se releva, quiérase o no, de responsabilidad moral a quien decide.

En la escuela de la exégesis, según plantea concisamente Recaséns,



(...) el juez aparecía poco más o menos como una especie de máquina automática con dos ranuras: se introducía en una de ellas la constatación de los hechos, la cual se creía desde luego que coincidía exactamente con la figura de unos hechos previstos por la ley; y se introducía en otra ranura las normas legislativas pertinentes; entonces se apretaba un botón o se daba vuelta a una manivela, y la máquina soltaba el fallo. Aunque no se llegó al extremo de decirlo así por parte de los fetichistas de la exégesis y del razonamiento deductivo de tipo físico-matemático, en el fondo creían que el juez ideal habría sido el que más se asemejase a un mecanismo automático de esta índole. Si aquellos juristas del siglo XIX hubiesen vivido a mediados del siglo XX, se habrían sentido terriblemente decepcionados al ver que, mientras que se han inventado máquinas prodigiosas que realizan maravillosamente y de modo muy rápido, y con plena exactitud, cálculos matemáticos complicadísimos, nadie ha pensado en fabricar una máquina que sustituya a los jueces de carne y hueso en la función de administrar justicia. (Recaséns, 1956, pág. 190)

En la actualidad ningún filósofo del derecho serio, dado el estado actual de la filosofía de las ciencias, se atrevería a afirmar que la tarea decisional del juez es absolutamente mecánica. No obstante, existe la idea generalizada en la comunidad jurídica de que tal decisión, en su proceso argumentativo, es reductible al modelo silogístico o más bien, a un silogismo, aunque sea de forma reconstructiva y se acepte que no se agota en simples tres premisas.

Se ha visto entonces que el problema hermenéutico jurídico siempre ha estado presente en el pensamiento de la más antigua comunidad jurídica y aún en la actualidad no existe persona alguna, a menos que se quiera pecar por vanidad o ignorancia, que pueda afirmar de forma categórica que tiene un “método” o “técnica” infalible para la correcta interpretación de una norma jurídica. Hasta ahora había hecho carrera la idea de que la subsunción, al mejor estilo de una lógica

despreocupada, era la mejor forma de interpretar-aplicar el derecho. Cuestión esta que merece múltiples anotaciones si se tiene en cuenta que las premisas son constructos y que, detrás de ese constructo es que se encuentra la verdadera interpretación, entendida esta como forma fundamental del *estar ahí* Heideggeriano, vale decir, como experiencia humana del mundo.

Lejos de estar resuelto lo anteriormente planteado, un nuevo tipo de normas, presentes en todo constitucionalismo “moderno”, plantea la imposibilidad de aplicación a través de la técnica de la subsunción. Se ha diferenciado a este tipo de normas de las primeras atribuyéndole el calificativo de *principios* mientras que estas primeras se les denomina *reglas*. Así se afirma que la forma de aplicar las reglas es a través de la subsunción y la de los principios a través de la ponderación (Alexy) o balanceo (Dworkin). De hecho, esta descripción dual de normas en principios y reglas es una de las tesis fuertes dentro de la teoría de Alexy, sin ella no hay piso para hablar de ponderación, pues, este solo es aplicable ante la existencia de principios.

La forma de redacción de las normas constitucionales crea la imposibilidad de utilizar la subsunción para su aplicación, cosa que no era problema con la constitución del 86, pues, estas podían ser vistas como simples enunciados de tipo programático; la problemática se presenta con la idea de la aplicación directa de las normas constitucionales que nace con la constitución de 1991.

En teoría, la subsunción asegura la imparcialidad del operador jurídico y la predictibilidad de las decisiones judiciales, nada más alejado de la realidad si se tiene en cuenta todo lo anotado. No obstante, aceptémoslo metodológicamente. Por otro lado, la ponderación propuesta ya por Perelman y Recaséns, pero desarrollada por Robert Alexy (es la teoría más decantada en la

actualidad), es acusada de que no hace más que poner una túnica de racionalidad a la arbitrariedad de quien decide, cuestión que habría que evaluar muy detallada y críticamente.

Alexy es normativista ideal sin desconocer los factores reales que afectan las decisiones de los jueces, en él hay una confianza en la razón traducida en los principios como máximas de optimización (derechos fundamentales) en contraposición a las reglas. Para este existe el juicio de proporcionalidad, y sus subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que son los que llevan a la racionalización de los juicios que hacen los jueces, acompañado de la teoría de los pesos en los cuales se enfrentan la interferencia y la realización de los principios.

*Grosso modo*, la cuestión para la teoría de la ponderación reside en el hecho de que estamos en un mundo muy estrecho en donde no tienen cabida todos los principios en un momento dado y todos piden ser realizados. Por tal motivo es necesario, para la realización de tal o cual principio, sacrificar en parte otro.

Este modelo de aplicación del derecho o método de ponderación de principios exige una mirada crítica para determinar si es posible a través de este *justificar racionalmente* las resultas de una decisión judicial. La propuesta de este estudio consiste precisamente, en la medida de nuestras posibilidades, en determinar si este *método* de aplicación de principios, propuesto por Robert Alexy en su Teoría de los Derechos Fundamentales, es consistente. La promesa de la aplicación de la teoría de la ponderación de Alexy es dotar de racionalidad la decisión judicial tomada como resultas de la aplicación de tal método, cuestión que apunta a la posibilidad de legitimación del derecho.

### 3. LA DECADENCIA DE LA RAZÓN

#### 3.1. Resumen

El objetivo de este primer capítulo es en esencia sencillo, pero necesario para generar un contexto propio a la investigación que se propone. Se pretende, a través de un somero estudio de la concepción del mundo que asumen las ciencias de la modernidad, exponer el concepto de verdad de corte determinista que defienden las ciencias físico-matemáticas.

A su vez, y más importante aún, quiere mostrarse cómo esta concepción entra en crisis, al entrar en crisis la razón occidental. Esta idea tiene esencial fuerza en la obra de grandes autores como Husserl, Heidegger, Nietzsche (mucho más radical), entre otros. No obstante, el teorema de la incompletud de Gödel, la teoría antropológica del animal simbólico de Ernst Cassirer, el principio de incertidumbre de Heisenberg y los aportes de Thomas Khun expuesto en *La estructura de las revoluciones científicas* nos bastaran para demostrar que ese ideal de verdad objetiva, atemporal y sin contexto, es del todo insostenible; sobre todo atendiendo a que este no es el tema principal de nuestro estudio.

Allí abrimos la puerta a lo que la teoría de la hermenéutica filosófica quiere exponernos: un concepto de verdad ligado a la *episteme* griega y no a la técnica. El error de la modernidad fue reducirlo todo a la técnica y menospreciar la doxa, de hecho, como denuncia Gadamer, su concepción de conocimiento satisface más un ideal de certeza. Debe propugnarse por un

conocimiento objetivo-subjetivo, participativo y no de dominación. Para la hermenéutica filosófica el concepto de verdad no satisface el ideal de objetividad ni mucho menos puede ser absoluto, ya que la verdad va ligada a la racionalidad, pues, la objetividad solo podría lograrse en el evento de que el sujeto no participara o si su participación fuese despreciable en el acto de conocimiento. Las ciencias del espíritu responden más al concepto de comprensión y esto es lo que va a dar asidero a las actuales teorías de la argumentación: por ello todo este análisis se torna necesario.

### 3.2. Modernidad y Verdad Metódica

La concepción de verdad que acompaña a las ciencias de la modernidad es en esencia una suerte de teoría de la correspondencia de la verdad. Según esta, **la verdad consiste en la correspondencia entre un enunciado y la realidad**. Así, si una proposición se refiere a un ente y lo que esta dice se *corresponde* con la realidad de este ente, la proposición es verdadera. Cuando afirmo que “ese auto es rojo” enuncié una verdad en tanto que, efectivamente, dicha proposición se refiera a un auto que tenga ese color –aunque pueda sonar tautológico–.

Pero la teoría de la correspondencia, o de la adecuación, se articula en el pensamiento científico a partir de una determinada visión del mundo en la que es *absolutamente necesario aceptar la existencia de una realidad de algún modo independiente del lenguaje*. Una realidad compuesta por *cosas* que, según anota Heidegger, son portadoras de propiedades, son unidad de una multiplicidad de sensaciones y son materia formada (cosas útiles) (Gadamer, 2003, pág. 102). Además, el mundo científico está edificado sobre la idea de la posibilidad de poder acceder a esa realidad.

Con la desdeificación parcial del mundo, o bipartición de este en uno terrenal y otro espiritual, se abrió la posibilidad del estudio de fenómenos aislados de la naturaleza, presupuesto esencial de la existencia de la ciencia moderna. Cuando Galileo planteó la posibilidad de aislar ciertos procesos naturales de las circunstancias que le rodean para matematizarlos y explicarlos y Newton planteó que el mundo no era una simple obra de Dios que debe ser entendida necesariamente en su conjunto (Heisenberg, 1985, pág. 4) comenzó a gestarse una nueva imagen del mundo. “La

mecánica de Newton y todas las otras partes de la física clásica construidas según su modelo, partían de la suposición de que se puede describir el mundo sin hablar de Dios ni de nosotros” (Heisemberg, 1959, pág. 61).

En esta nueva concepción del mundo, creada por la ciencia moderna, la relación entre el hombre y la naturaleza se configuraba de una forma distinta. Como primera medida se aceptaba que la naturaleza era susceptible de ser cognoscible. Galileo afirmaba la existencia de dos tipos de conocimientos: uno *extenso* y otro *intenso*. El primero era el conocimiento de todas las cosas, del universo en su conjunto, y solo le correspondía a Dios en su calidad de creador. El segundo es el conocimiento de los fenómenos naturales aislados y a ellos se dedicaría la naciente ciencia. Por ello los científicos saben cada vez más de cada vez menos (Saber especializado). Su forma de conocer quedó planteada desde un principio como un conocimiento fragmentario de la naturaleza. Pero además de ello, no se trata de un simple “conocer la naturaleza” sino de *dominarla* para lo cual la *Tekhne* era indispensable. “EL HOMBRE, dijo Bacon, DEBE CONOCER LAS LEYES DE LA NATURALEZA PARA DOMINARLA” (Mercado, 2001, pág. 28). (mayúsculas en el texto original).

Es preciso diferenciar en este punto dos problemas diferentes en la teoría del conocimiento: uno ontológico y otro epistemológico. El primero se corresponde con el interrogante sobre la existencia de la verdad y el segundo con el de la forma (y posibilidad) de acceder a la misma. El problema ontológico queda superado con el planteamiento de la existencia de una realidad. Pero el problema epistemológico planteó el obstáculo de la fiabilidad de nuestros sentidos. Si la forma en que conocemos es a través de la experiencia debía existir algún modo de evitar que nuestros

sentidos nos engañaran, había que eliminar, fuere cual fuere el costo, nuestras impresiones subjetivas. Esta cuestión se planteó desde los inicios de la ciencia moderna.

El problema epistemológico para las ciencias newtonianas estaba convenientemente reducido a un problema puramente metodológico. Si se tiene, en efecto, un mundo exterior capaz de ser conocido y dominado, lo que hay que resolver es la forma de llegar a ese conocimiento sin que nuestros sentidos nos engañen. Como ya se dijo antes, la ciencia newtoniana dividió al mundo, o más bien al Universo, en dos: sujeto y objeto. Ante su insistente idea de poder conocer al mundo tal y como es, es decir, al mundo <<en sí>>, la ciencia de la modernidad distingue dos tipos de cualidades en los objetos. Por un lado, existen cualidades primarias que son, según el pensar científico, las que les pertenecen a las cosas, son los atributos propios de éstas. Son cualidades que no dependen *en modo alguno* de nuestro aparato de percepción y tienen la particularidad de poder expresarse en lenguaje matemático. Pero, por otro lado, existen las cualidades secundarias, que son las que *ponemos* en las cosas; las que creemos falsamente que percibimos en el objeto pero que en realidad son impresiones subjetivas. El mundo de las ciencias newtonianas se dedicó al estudio de las autodenominadas características primarias. De lo expresable en lenguaje matemático. Lo demás le pareció *per se* dudoso y por ello lo excluyó de su mundo. Pero la idea de llegar al conocimiento de esas características primarias de los objetos solo es viable a través del “uso metódico y disciplinado de la razón” (Gadamer, 1993, pág. 345).

Pero la aceptación de todos estos planteamientos significaba esencialmente la muerte de toda metafísica. Las ciencias newtonianas, imponentes por su funcionalidad, exigían a cualquier disciplina presupuestos que solo ellas mismas podían cumplir: un lenguaje matemático o por lo



menos un modelo axiomático y la presencia de un método. Es allí donde se origina la tensión entre *Verdad y Método* que expone Gadamer en su obra titulada de la misma manera.

En efecto, fue un sueño de los matemáticos pretender mecanizar el razonamiento. Cosa que se observa en el programa de David Hilbert que consistía en la formalización total del razonamiento matemático con miras a demostrar la consistencia de estas. Hilbert pretendía dotar a la teoría más elemental de las matemáticas, la aritmética, de un conjunto de axiomas que permitieran, a través de la demostración, deducir todos los enunciados verdaderos de la misma y luego demostrar la consistencia del sistema matemático de la aritmética. De hecho, en parte esto se había logrado gracias a trabajos posteriores y se llegó a pensar que la culminación de dicho programa era solo cuestión de tiempo. No obstante, y paradójicamente, quien estuvo más cerca de llevar a cabo este cometido llegó a la conclusión de que semejante tarea era imposible. Así en 1931 se publica lo que hoy se conoce como el “Teorema de la Incompletud” de Gödel (Gutierrez, 1999).

Lo que básicamente se demuestra en la argumentación de Kurt Gödel es que, **fuere cual fuese el sistema de axiomas que se propusiese para la aritmética, siendo este consistente, había enunciados verdaderos que no podían demostrarse a partir del sistema.** Siempre habrá un enunciado tal que es indecidible por el sistema, dado que no se puede deducir dicho enunciado ni su negación. Cosa que aniquilaba las esperanzas de Hilbert, pero no solo por el simple hecho de mostrar la imposibilidad de fundar a la aritmética en axiomas, sino porque uno de esos enunciados indecidibles era precisamente el de la consistencia. Para colmo de las pretensiones del optimismo matemático, **el teorema de Gödel posee una demostración que cumple con todos los requisitos formales, vale decir, no es uno de esos enunciados indecidibles** (Gutierrez, 1999).

Si pensamos desapasionadamente el Teorema de la Incompletud en términos filosóficos, **lo que básicamente nos plantea es la diferencia entre lo verdadero y lo demostrable.** Aunque sea peligroso realizar una analogía a este respecto, es relativamente fácil ver como las disciplinas no científicas están familiarizadas con los sistemas axiomáticos. En cada una de estas disciplinas existen unos *principios* a partir de los cuales se desprende toda la argumentación que la conforma. Como se ha de notar, el derecho no escapa a esta realidad y esto nos llevaría a concluir que éste está imposibilitado para decidir su propia verdad.

Por otro lado, Ernst Cassirer nos puntualiza sobre la lingüisticidad de nuestra experiencia del mundo. Este parte de los estudios del biólogo Johannes Von Uexküll –un comprometido vitalista– para mostrar la naturaleza simbólica del hombre. Para Uexküll “[l]a vida es una realidad última y que depende de sí misma; no puede ser descrita o explicada en términos de física o de química” (Cassirer, 1945, pág. 25). Cosa que recuerda al concepto de mundo vital en Husserl y Yorck. Pero lo notable en el proyecto de este biólogo es su nuevo diseño de investigación para la biología. Apoyado en cuestiones empíricas y no metafísicas, Uexküll afirma que **no existe una realidad única para todos los organismos vivientes.** “La realidad no es una cosa única y homogénea; se halla inmensamente diversificada, poseyendo tantos esquemas y patrones diferentes cuantos diferentes organismos hay” (Cassirer, 1945, pág. 25). Así, cada organismo experimenta el mundo a su manera y estas experiencias, por decirlo de algún modo, no son análogas con la de los otros organismos. “En el mundo de una mosca, dice Uexküll, encontramos sólo "cosas de mosca", en el mundo de un erizo de mar encontramos sólo "cosas de erizo de mar"” (Cassirer, 1945, pág. 25). A partir de esto se plantea el hecho de que conociendo la estructura anatómica de cada especie se

debe estar en capacidad de reconstruir su forma particular de experiencias dado que cada organismo posee un sistema receptor, mediante el cual recibe los estímulos, y uno efector que se corresponde con sus reacciones. Lo que en realidad nos quiere plantear Cassirer trayendo a colación el trabajo de Uexküll es el cuestionamiento por la posibilidad de emplear este esquema biológico para estudiar el mundo del hombre. Evidentemente el ser humano no puede escapar a las leyes biológicas, como ser orgánico que es. Pero Cassirer encuentra que, tratándose del hombre, en medio de ese sistema receptor y efector “hallamos en él como eslabón intermedio algo que podemos señalar como sistema "simbólico"” (Cassirer, 1945, pág. 26). Este representa el distanciamiento irreversible con la naturaleza y la complejidad particular de la experiencia humana.

El hombre (...) ya no vive solamente en un puro universo físico sino en un *universo simbólico*. El lenguaje, el mito, el arte y la religión constituyen partes de este universo, forman los diversos hilos que tejen la red simbólica, la urdimbre complicada de la experiencia humana. Todo progreso en el pensamiento y la experiencia afina y refuerza esta red. El hombre no puede enfrentarse ya con la realidad de un modo inmediato; no puede verla, como si dijéramos, cara a cara. La realidad física parece retroceder en la misma proporción que avanza su actividad simbólica. En lugar de tratar con las cosas mismas, en cierto sentido, conversa constantemente consigo mismo. Se ha envuelto en formas lingüísticas, en imágenes artísticas, en símbolos míticos o en ritos religiosos, en tal forma que no puede ver o conocer nada sino a través de la interposición de este medio artificial. Su situación es la misma en la esfera teórica que en la práctica. Tampoco en ésta vive en un mundo de crudos hechos o a tenor de sus necesidades y deseos inmediatos. Vive, más bien, en medio de emociones, esperanzas y temores, ilusiones y desilusiones imaginarias, en medio de sus fantasías y de sus sueños. “Lo que perturba y alarma al hombre —dice EPICETETO—, no son las cosas sino sus opiniones y figuraciones sobre las cosas.”. (Cassirer, 1945, pág. 26 y 27)

Con esto Cassirer abandona la conocida definición del hombre como animal racional para proponer que se le piense como un *animal simbólico*. No porque la racionalidad no sea característica del hombre sino porque “[l]a razón es un término verdaderamente inadecuado para abarcar las formas de la vida cultural humana en toda su riqueza y diversidad, pero todas estas formas son formas simbólicas” (Cassirer, 1945, pág. 27).

La antropología filosófica de Cassirer nos muestra que el hombre es incapaz de conocer la naturaleza como tal. Sería una actitud ingenuamente egocéntrica pretender que el mundo estuviera escrito con nuestro lenguaje. El lenguaje matemático, común a las ciencias, teóricamente está formado por un conjunto de símbolos capaces de describir las cualidades primarias de los objetos y por tanto se cree que con el uso de este se puede describir la realidad (una única realidad). El uso del lenguaje matemático está relacionado íntimamente con el modelo axiomático y Heisenberg nos deja claro la necesidad del uso de este lenguaje de la siguiente forma:

En la ciencia natural tratamos de deducir lo particular de lo general, para interpretar el fenómeno particular como consecuencia de las simples leyes generales. Al ser formuladas en el lenguaje, las leyes naturales sólo pueden encerrar unos cuantos conceptos simples; de otro modo la ley no sería simple y general. De estos conceptos se deriva una infinita variedad de fenómenos posibles, no sólo cualitativamente sino también con completa precisión con respecto a todos los detalles. Es obvio que los conceptos del lenguaje ordinario, imprecisos y sólo vagamente definidos como son, nunca pueden permitir tales derivaciones. Cuando de determinadas premisas se sigue una cadena de conclusiones, el número de posibles eslabones de la cadena depende de la precisión de las premisas. Por consiguiente, en la ciencia natural los conceptos de las leyes generales deben ser definidos con

absoluta precisión, y esto sólo puede lograrse mediante la abstracción matemática. (Heisenberg, 1959, pág. 144 y 145).

Lo que se desprende de la argumentación de Cassirer es el hecho de que el hombre al utilizar el lenguaje matemático, como simbólico que es, para describir la naturaleza, lejos de acercarse a una realidad exterior en realidad inicia un diálogo consigo mismo. No conoce un mundo objetivo como tal sino un mundo que el mismo ha creado, escrito con un lenguaje abstracto que solo él entiende y que solo existe en su mundo.

Pero esto no ocurre, y no se quiere provocar malentendidos, por el hecho de tratarse del lenguaje matemático. Es algo inmanente al uso de cualquier tipo de lenguaje, o mejor aún, algo inmanente al pensamiento simbólico del hombre. En este sentido es acertada la importancia fundamental que se le atribuye al lenguaje en el fenómeno de la comprensión. Ello se refleja en uno de los pasajes más famosos de Gadamer: “El ser que puede ser comprendido es lenguaje” (Gadamer, 1993, pág. 567). Aunque resulte ser, a su vez, uno de los más polémicos.

En alemán, el texto original reza :<<*Sein, das verstanden iverden kann, ist Sprach*>>. En este existen un par de comas que no son problemáticas en la versión alemana pero que cambian el sentido, al incluirlas o no, en las traducciones a lenguas romance. Por ejemplo, Vattimo plantea que esta frase le causó numerosos problemas a la hora de traducirla al italiano (Vattimo, 2000, pág. 46). De ella se desprenden dos interpretaciones diferentes y diametralmente opuestas. Sin las comas se afirma “algo relativamente inofensivo: identifico el campo de los entes que se ofrecen a la comprensión con el del lenguaje” (Vattimo, 2000, pág. 46). Pero al incluir las comas el pasaje en mención significaría que “el ser es lenguaje y, además, puede comprenderse” (Vattimo, 2000,

pág. 47). Existen pues, dos acentuaciones diferentes, una en el lenguaje y otra en el ser. Si el acento es puesto en el lenguaje no cabría duda de que este devora al ser, tal como afirma Grondin. En tal caso, no habría un ser, sino un ser visto o un ser inventado por el lenguaje. Pero si se coloca el acento en el ser esto significaría que el ser mismo accede a su inteligibilidad en el lenguaje. Vale decir, que además del lenguaje del entender existe un lenguaje del ser y que la exigencia de la hermenéutica sería adecuar nuestro lenguaje al lenguaje de las cosas.<sup>2</sup> Para Vattimo, por el contrario, “[e]l ser es constitutivamente comprensibilidad y lenguaje porque no es *Seiendes*; porque, ante todo y de modo auténtico, no es ente” (Vattimo, 2000, pág. 58). De esta forma, y tal como el mismo Vattimo afirma, la hermenéutica del lenguaje de Gadamer alcanza un sentido ontológico radical.

El ideal de objetividad de las ciencias naturales sufre un gran desencanto a partir de las investigaciones de Werner Heisenberg, uno de los físicos más prominentes de su época. Heisenberg, experimentando con un átomo de hidrogeno, se propuso hallar la posición y velocidad presente en el único electrón que le orbita. Dos magnitudes básicas desde la física newtoniana que son imprescindibles en el mundo de la mecánica. Lo particular de dicha investigación es que Heisenberg solo podía hallar, con precisión, uno de estos dos datos a la vez. Era relativamente fácil hallar la velocidad del electrón, pero para saber su posición era necesario aplicar luz al átomo de hidrogeno, cosa que excitaba al átomo y aumentaba la velocidad del electrón. Así, si se quería saber la posición debía sacrificarse, por decirlo de algún modo, la velocidad y si se quería saber su velocidad se debía prescindir del conocimiento preciso de su posición. Esto llevó a la formulación

---

2 Así en una conferencia pronunciada en Francia con ocasión del fallecimiento de Gadamer.

de lo que hoy se conoce en el campo de la física como EL PRINCIPIO DE INCERTIDUMBRE o de la INDETERMINACIÓN (Mercado, 2001, pág. 28).

Se demostró que no es posible determinar a la vez la posición y la velocidad de una partícula atómica con un grado de precisión arbitrariamente fijado. Puede señalarse muy precisamente la posición, pero entonces la influencia del instrumento de observación imposibilita hasta cierto grado el conocimiento de la velocidad; e inversamente, se desvanece el conocimiento de la posición al medir precisamente la velocidad. (Heisenberg, 1985, pág. 30)

La cosa se tornaba aún más interesante cuando se pensaba esto a la par de la teoría de los *quanta* de Max Planck, pues, entre mayor sea la precisión de uno de los datos menor será la exactitud del otro. Stephen Hawking nos lo explica claramente en estos términos:

(...) según la hipótesis de Planck, no se puede usar una cantidad arbitrariamente pequeña de luz; se tiene que usar como mínimo un cuanto de luz. Este cuanto perturbará la partícula, cambiando su velocidad en una cantidad que no puede ser predicha. Además, cuanto con mayor precisión se mida la posición, menor habrá de ser la longitud de onda de la luz que se necesite y, por lo tanto, mayor será la energía del cuanto que se haya de usar. Así la velocidad de la partícula resultará fuertemente perturbada. En otras palabras, cuanto con mayor precisión se trate de medir la posición de la partícula, con menor exactitud se podrá medir su velocidad, y viceversa. Heisenberg demostró que la incertidumbre en la posición de la partícula, multiplicada por la incertidumbre en su velocidad y por la masa de la partícula, nunca puede ser más pequeña que una cierta cantidad, que se conoce como constante de Planck. Además, este límite no depende de la forma en que uno trata de medir la posición o la velocidad de la partícula, o del tipo de partícula: el principio de incertidumbre de Heisenberg es una propiedad fundamental, ineludible, del mundo. (Hawking, 2002, pág. 56)

Esto representaba una gran ruptura dado el hecho de que

Esta formulación sirve desde luego para poner de manifiesto con toda claridad que a partir de la Mecánica newtoniana no se alcanza gran cosa, ya que para calcular un proceso mecánico, justamente, hay que conocer a la vez con precisión la posición y la velocidad en determinado instante” (Heisenberg, 1985, pág. 30).

La idea de que exista una observación pasiva de la Naturaleza y una consecuente aprensión de los hechos brutos realmente quedaba cuestionada. Lo que en términos filosóficos nos revela el experimento de Heisenberg es el hecho de que el observador del fenómeno influye de cierta forma en lo observado, tanto él como su método. “[C]omo dice Böhr... en el drama de la existencia somos al mismo tiempo actores y espectadores” (Heisenberg, 1959, pág. 42).

Si puedo observar, a través de las modernas técnicas, el electrón del átomo de Hidrogeno, indubitavelmente modifico su velocidad. El mismo Heisenberg nos plantea en este contexto el hecho de que

El método científico consistente en abstraer, explicar y ordenar, ha adquirido conciencia de las limitaciones que le impone el hecho de que la incidencia del método modifica su objeto y lo transforma, hasta el punto de que el método no puede distinguirse del objeto. (Heisenberg, 1985, pág. 22)



La Física queda desde este momento más fragmentada que de costumbre. De hecho, si se analizan sobriamente los fundamentos de la física cuántica, debemos concluir que a esta le es inherente el conocimiento incompleto de todo sistema. Aquí se articula el concepto de *complementariedad* que introduce Niels Böhr. Complementariedad denota en este contexto que “diferentes imágenes intuitivas destinadas a describir los sistemas atómicos pueden ser todas perfectamente adecuadas a determinados experimentos, a pesar de que se excluyan mutuamente” (Heisemberg, 1985, pág. 30). Piénsese en la dualidad onda-partícula de la luz. Es del todo incoherente asumir que la luz pueda comportarse como ambas al mismo tiempo. Pero se acepta generalmente que esta se comporta de una u otra forma dependiendo del fenómeno que nos propongamos explicar. Así, se tienen dos imágenes excluyentes, pero a su vez *complementarias* con una relación ineludible de indeterminación entre ellas.

La teoría ondulatoria y la corpuscular son complementarias y cada una de ellas solo representa un conocimiento incompleto de los sistemas atómicos. Todo esto sin mencionar el abandono del determinismo y la correlativa forma estadística en que se asumen los conocimientos en la física de los *quanta*: el concepto central de la teoría cuántica es la función de probabilidad, o *matriz estadística* como la llaman los matemáticos (Heisemberg, 1959, pág. 79). “La teoría de los cuantos puede indicarnos la probabilidad, por unidad de tiempo, de que una partícula abandone el núcleo; pero no puede predeterminar el instante preciso en que ello ocurrirá” (Heisemberg, 1985, pág. 31). Un ejemplo claro del conocimiento estadístico está presente en el concepto de temperatura, que no es más que la agitación media de las moléculas de una sustancia.

En ese estado de cosas la autorreflexión crítica de las ciencias naturales se ve obligada a asumir una nueva imagen del mundo. En este contexto un tanto desesperanzador es que

Heisenberg declara que los novísimos progresos realizados en el campo de la física atómica han minado, la fe en el curso objetivo, independiente de toda observación, de los acaeceres que ocurren en el espacio y en el tiempo y que la física jamás recobrará, por lo menos bajo su forma antigua, esta fe, que formaba el verdadero nervio de la teoría clásica. (Cassirer, 1945, pág. 104)

No obstante, lo anterior, no puede considerarse, por más que parezca contradictorio, que las ciencias fisicomatemáticas hayan abandonado su ideal de objetividad. Después de toda esta sacudida al pensamiento que causó la física atómica “[n]o se negaba que toda observación tiene cierta influencia sobre el fenómeno observado, pero se aceptaba, generalmente, que realizando cuidadosamente los experimentos, esta influencia podía ser discrecionalmente reducida” (Heisenberg, 1959, pág. 146). De hecho, hasta la teoría de la relatividad de Einstein articula un concepto absoluto, como lo es la velocidad de la luz.

Es menester, también, hacer valer aquí los planteamientos de Thomas Kuhn, en cuanto a lo inconcluyente del conocimiento científico. Según se desprende de la argumentación de Kuhn, el conocimiento científico es en esencia el de una época. **Lo que valida un conocimiento científico no es su contenido veritativo-atemporal sino su concordancia con un paradigma.** Para Kuhn los paradigmas son “realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica” (Kuhn, 1971, pág. 13). Lo que puede definirse como revolución científica en este contexto es el cambio de paradigma, y con ello de imagen del mundo, que ocurre cuando el paradigma que es

reemplazado es insuficiente para explicar o solucionar los problemas que la comunidad científica demanda, es decir, cuando se produce una *crisis de pensamiento*. Así, las respuestas que se le proporcionan a los problemas son todo menos definitivas o permanentes, por el contrario, siempre están insertas en un marco referencial paradigmático. Los planteamientos de Kuhn son claros en el sentido de mostrarnos la naturaleza histórica y temporal del conocimiento científico. Un conocimiento no es verdadero por el hecho de describir la realidad única e inmutable sino porque satisface el paradigma dominante que representa nuestra imagen del mundo.

Esto es concordante con el concepto de temporalidad que Gadamer recuerda con tanta insistencia. De hecho, “en la teoría de la ciencia, la filosofía de Gadamer fue saludada como cómplice por Kuhn en su contextualización de los paradigmas” (Grondin, 1999, pág. 180). Todo esto es confirmado por Hawking cuando afirma que

Cualquier teoría física es siempre provisional, en el sentido de que es sólo una hipótesis: nunca se puede probar. A pesar de que los resultados de los experimentos concuerden muchas veces con la teoría, nunca podremos estar seguros de que la próxima vez el resultado no vaya a contradecirla. Sin embargo, se puede rechazar una teoría en cuanto se encuentre una única observación que contradiga sus predicciones” (Hawking, 2002, pág. 16).

Cuestión totalmente coherente con la teoría falsacionista de Karl Popper de la que Hawking es totalmente consciente en su argumentación.

A su vez, se cuestiona con ello una de las directrices nucleares de las ciencias: el ideal de progreso. De hecho, no existe una determinación, *a priori*, para la orientación de las

investigaciones científica que pueda proporcionarnos un sistema de medida que nos indique algo así como un progreso de la ciencia. Nuestras investigaciones son dirigidas a un determinado fin. Nosotros no investigamos por investigar y fortuitamente conocemos el mundo. En parte nuestras investigaciones dicen lo que queremos que digan porque desde que las iniciamos las orientamos hacia ello. Cosa que confirma las motivaciones, prejuicios... que determinan nuestro actuar.

Además, sería legítimo cuestionarse la íntima relación que la ciencia ha tenido con el ideal de progreso si se parte del hecho de que esta siempre se ha desarrollado a través de la guerra y en pro de la beligerancia. Desde este punto de vista se justifica históricamente el nacimiento de la filosofía existencial. Por ejemplo, la invención del Internet fue pensada para usos militares, y las actuales investigaciones para el desarrollo de exoesqueletos no están pensadas para ayudar a los discapacitados físicos, sino para que los soldados puedan superar las adversidades de los terrenos y menguar el peso de sus provisiones. Además, no puede hablarse de progreso en tanto el sistema de medida de este sea la misma ciencia en sí, ya que estaríamos incurriendo en una insubsanable petición de principio. Así, por ejemplo, la invención del Compact Disc es un progreso en el entendido que la misma ciencia determinó que se necesitaba un dispositivo de almacenamiento con mayor capacidad y más facilidad de lectura, pero en los estudios de grabación se siguen utilizando los rollos de cinta magnética porque brindan una mayor fidelidad, solo cuando la grabación esta lista se hace la transferencia de la cinta magnética al CD por cuestiones de compatibilidad.

### 3.3. Hermenéutica y Comprensión

La teoría hermenéutica es consciente de todo este panorama desalentador y, por ende, asume un concepto de verdad ligado a la *episteme* griega y no a la *teckhne* exaltada por el reduccionista concepto de ciencia elaborado por la modernidad. Aquí se asume una actitud crítica frente al positivismo filosófico dominante en esa época, pero no con el ánimo de propugnar por un escepticismo científico, sino con el ánimo de que “(...) la conciencia científica reconozca sus límites” (Gadamer, 1993, pág. 25). No solo la ciencia habla de verdad. Esta infundada creencia es la que hizo que infructuosamente se intentara enmarcar las ciencias del espíritu en el modelo de las ciencias naturales, provocando la desnaturalización de las primeras.

Para la hermenéutica filosófica el concepto de verdad no satisface el ideal de objetividad ni mucho menos puede ser absoluto, ya que la verdad va ligada a la racionalidad, pues, **la objetividad solo podría lograrse en el evento de que el sujeto no participara o si su participación fuese despreciable en el acto de conocimiento.** La verdad no puede ser objetiva, pero tampoco subjetiva porque la dualidad sujeto-objeto que propusiesen las ciencias exactas se desvanece en la teoría gadameriana, cosa que se emparenta perfectamente con el principio de indeterminación de HEISENBERG ya anotado. Es así como una lectura radical del texto de GADAMER nos advierte que no hay para nosotros hechos o cosas en sí, más bien existe un mundo de interpretaciones, de allí que **el mundo no es el mundo como tal sino el mundo como lo comprendemos**, por ello se trajo a colación la teoría antropológica de ERNST CASSIRER. Como animal simbólico que somos

estamos imposibilitados para percibir el mundo *de primera mano*, pues, hay una esfera simbólica que media entre sujeto y objeto. Para los hermeneutas no hay hechos sino llanas interpretaciones.

El hecho de que la verdad esté tan íntimamente ligada a la ciencia responde a ciertas circunstancias históricas. La ciencia es el producto del *escepticismo extremo* del hombre griego. Es así como

(...) al elaborar esta ciencia, los griegos segregaron el occidente del oriente y le marcaron su propio camino. Fue un afán de saber, de conocimiento, de explotación de lo ignoto, raro y extraño y un singular escepticismo hacia lo que se narra y se da por verdadero. (Gadamer, 1994, pág. 53)

La ciencia moderna lo que hizo fue radicalizar los presupuestos de la ciencia griega y al lograr grandes *avances* en tan poco tiempo se acreditó y monopolizó el concepto de verdad. Hizo del método un presupuesto imprescindible para las ciencias. Con ello se asegura que cualquier investigador pueda recorrer de nuevo el mismo camino, que la investigación sea repetible. Pero la verdad de las ciencias presupone su verificabilidad lo que hace necesario incluir el concepto de certeza.

Si la verdad (*veritas*) supone la verificabilidad -en una u otra forma-, el criterio que mide el conocimiento no es ya su verdad, sino su certeza. Por eso el auténtico *ethos* de la ciencia moderna es, desde que Descartes formulara la clásica regla de certeza, que ella solo admite como satisfaciendo las condiciones de verdad lo que satisface el ideal de certeza. (Gadamer, 1994, pág. 54)

Nótese como la radicalización antes dicha conlleva a generar una tensión entre verdad y método. ¿Solo hay verdad en lo verificable? ¿En lo metódico?

En Gadamer la dualidad sujeto-objeto se desvanece. Cuando se comprende que esto ocurre desde una tradición donde todos nos insertamos, entendemos que quien interpreta no es un sujeto aislado sino alguien por medio del cual la tradición misma se muestra. Además, toda comprensión es a su vez autocomprensión, pues, el sujeto hace parte del texto. Todo ello crea una simbiosis inseparable entre sujeto y objeto que imposibilita toda pretensión de objetividad y hace que la verdad asuma ambas aristas; tanto la objetiva como la subjetiva. **Se llega con ello no ya a un concepto de verdad que promete dominación del objeto cognoscible a través de la técnica del sujeto cognoscente, sino de una verdad participativa: solo cuando participamos acontece la verdad, es decir, cuando asumimos el diálogo.**

En virtud de los planteamientos gadamerianos las ciencias del espíritu ya no se verán en la necesidad de asimilarse a las ciencias naturales para poseer pretensión de verdad; como lo intentó el derecho a través de las escuelas positivistas. Las ciencias del espíritu de la mano de la hermenéutica recuperan su pretensión de verdad y entre ellas, como es natural, el derecho. Tal como nos dice Gadamer: “Es necesario reconocer en él (refiriéndose al fenómeno hermenéutico) una experiencia de verdad...” es más, en este fenómeno hermenéutico “...tenemos que ver con verdades que superan esencialmente el ámbito del conocimiento metódico...” (Gadamer, 1993, pág. 25).

Es este concepto ontológico (en el entendido en que ya no es un enunciado que se *refiere* a un ente) de verdad que Gadamer plantea, el que pretendemos hallar en el campo jurídico, pues, el concepto epistemológico, o metódico si se quiere, de la verdad que ha manejado la ciencia moderna no es para nada adecuado. Las ciencias del espíritu se resisten a ser tratadas con el modelo positivista de las ciencias de la naturaleza “su esencia no queda correctamente aprehendida si se las mide según el patrón del conocimiento progresivo de las leyes” (Gadamer, 1993, pág. 32).



### 3.4. De la Razón a la Razonabilidad

Bajo este panorama, debemos ser conscientes que se hace insostenible un concepto de verdad ligado inescindiblemente al saber metódico. **Solo conocemos la realidad de un modo fragmentario.** Tal como se ha expuesto de la mano de Heisenberg, a través de su principio de indeterminación, Cassirer y su teoría antropológica, el teorema de la incompletud de Gödel y los aportes de Thomas Khun, entre otros.

La supuesta garantía epistémica de las ciencias exactas está en el hecho de su verdad inmutable, de su certeza. No obstante, si aceptamos las tesis de Tomas Kuhn, comprenderemos que dicha certeza solo se predica en un determinado paradigma, el cambio de paradigma implica (a veces) el cambio de determinadas verdades; así, la verdad asume una significación histórica que equivaldría a la mejor explicación del mundo en un momento histórico preciso.

Cabría preguntarse entonces por qué le sería exigible a las ciencias del espíritu ser de otra forma, desde el punto de vista hermenéutico la verdad sería la mejor interpretación posible de un texto (en su sentido amplio) en un momento preciso. Extrapolado al derecho, la verdad jurídica equivaldría a la mejor interpretación posible del caso en estudio al momento de proponer su solución, pues, como quiera que siempre será posible una mejor interpretación, siendo esta una tarea eterna, habrá de conformarse con ello.

Cuando Platón, Aristóteles y toda la tradición filosófica que le sigue afirma que la demostración del conocimiento es la base de su validez, no hacen más que sofocar sus propios argumentos, pues, este y todo el conocimiento filosófico, o más bien no-científico, caería en la mera especulación. Para ser claros, su afirmación acerca de la validez del conocimiento demostrable no es susceptible de demostración.

Si ha de concluirse algo es que la verdad nada tiene que ver con el objetivismo sino con la racionalidad. El ámbito de la verdad es más extenso que el de la certeza empírica, visión reduccionista impuesta por las ciencias de la naturaleza. Para esta solo hay sentido en lo que satisface su propio método, característico del paradigma sujeto que conoce separado del objeto que se pretende conocer. Empero, en el pensar Gadameriano, la verdad no es ni subjetiva ni objetiva, sino que posee simultáneamente ambas dimensiones en razón a que la verdad acontece siempre en la experiencia y la historicidad de la misma, impide que la reflexión culmine en un conocimiento absoluto por lo que siempre predomina en este la temporalidad. No obstante, y contrario a lo que pueda pensarse, la propuesta de Gadamer no menosprecia las ciencias. Su lucha es realmente contra el cientificismo. Debe reconocerse que la hermenéutica precede y posibilita la “ciencia” (Bayón, 1992, pág. 94) a partir del colapso del concepto de “ciencia” elaborado por la modernidad ante la Teoría de la Relatividad y el principio de Incertidumbre.

Ahora bien, la distancia estrecha entre la hermenéutica filosófica y la hermenéutica jurídica es la que nos posibilita asegurar que esta verdad ontológica sea pensable como propia en la disciplina del derecho, en razón a que este es una disciplina del espíritu. Ahora bien, no se puede seguir pensando en la hermenéutica como *un simple medio auxiliar de la praxis jurídica para subsanar*

*ciertas deficiencias y casos excepcionales no comprendidos en la casuística al interior de la dogmática jurídica*, en razón a que esta concepción de la hermenéutica jurídica no comprende la tradición histórica como única validadora de la experiencia y, por ende, quedaría muy lejos de alcanzar el status que Gadamer pretende otorgar a la hermenéutica.

Pero si vemos, a la par de Gadamer, en la tarea del intérprete de un texto jurídico una mediación entre pasado y presente se abren las puertas para pensar en la hermenéutica jurídica en los mismos términos en que se piensa una hermenéutica espiritual-científica; y con ello en una verdad ontológico-jurídica. Y en el ámbito del derecho, tanto el dogmático como el historiador del derecho, cumplen esta tarea descrita. El juez, aunque busque un significado jurídico y no el significado histórico de su promulgación, debe ocuparse de su propia historia y el historiador del derecho no puede menos que reconocer que su texto solo puede ser entendido en un sentido jurídico. Es así que la hermenéutica jurídica no es un caso especial, por el contrario, en este se encuentra toda una fuerza descriptiva. Esta recuerda por sí misma el procedimiento de las ciencias del espíritu. En ella tenemos el modelo de relación entre pasado y presente y por ello el mismo Gadamer reconoce que la hermenéutica jurídica detenta un significado paradigmático (Gadamer, 1993, págs. 396-400).

Todo lo anterior implica un cambio sustancial en el modelo de racionalidad, modelo que es asumido por las teorías de la argumentación jurídica. La legitimidad del derecho no depende, desde esta nueva óptica, del origen divino del mandato del monarca o de la justicia intrínseca al derecho reconocible por todos. La legitimidad del derecho depende de su racionalidad, entendiendo esta como **un horizonte de comprensión desde el cual el hablante justifica sus afirmaciones.**

(Ribeiro, 2010, pág. 157). La verdad jurídica sería el sentido razonable de un texto legal al cual se llega a través de una *correcta* interpretación.

En este sentido, y de manera muy sintética Habermas afirma lo siguiente:

Si se parte de que ya no resulta transitable la opción que representa el derecho natural racional, es decir, la de someter lisa y llanamente el derecho vigente a criterios suprapositivos, ofrécense de entrada para el tratamiento de esta cuestión central en teoría del derecho otras tres alternativas bien conocidas, a saber, las respuestas de (a) la hermenéutica jurídica, (b) del realismo jurídico y (c) del positivismo jurídico. (Habermas, 2005, pág. 268)

Estas tres grandes corrientes de la teoría del derecho realizan apuestas distintas en cuanto al problema de la racionalidad de las decisiones judiciales. La hermenéutica jurídica propone un modelo procesual de interpretación, en contravía del modelo convencional de la subsunción, en el cual el juez parte de una precomprensión determinada por los *topoi* de un contexto de tradición, de un determinado *ethos*, y en el cual la racionalidad de una decisión se mediría en última instancia por los estándares que representan usos y costumbres todavía no condensados en normas, por una sabiduría jurisprudencial que le antecede a la *lex*. Por otra parte, el realismo jurídico, al denunciar que el recurso a un *ethos* dominante no puede ser fundamento para la validez de las decisiones jurídicas en una sociedad pluralista, expone que esa precomprensión de la que parte el juez también está dada por factores extrajurídicos como la actitud política, la personalidad del juez, tradición ideológica, constelaciones de poder, factores económicos, etc., no obstante, la pretensión de legitimidad del derecho puede conservar en todo caso su sentido por vía de que el juez, al igual que un político, tome sus decisiones orientándose al futuro, y ello en virtud de orientaciones

valorativas que él tiene por racionales. Por último, para el positivismo jurídico el problema de la racionalidad queda decidido en favor de la primacía de una historia institucional estrechamente circunscrita y purificada de todo fundamento suprapositivo de validez, una norma fundamental (Kelsen) o regla de reconocimiento (Hart) conforme a la que puede decidirse que normas pertenecen en cada caso al derecho vigente, pues, la validez de los preceptos jurídicos sólo se mide por la observancia de los procedimientos jurídicamente establecidos para la producción de las normas (Habermas, 2005, págs. 268-271).

Hay que recalcar que, contraria a la concepción de las ciencias fisicomatemáticas, la racionalidad jurídica no puede ser ahistórica y meramente formal-metodológica. Ello sería un punto transversal a cualquiera de las tres corrientes teórico-jurídicas a la que hemos hecho referencia. Ahora bien, a tono con la teoría hermenéutica, es menester comprender las normas como la comunidad jurídica lo haría, partiendo para ello de los *prejuicios* epocales que pertenecen a toda la comunidad jurídica, cosa que reviste de una particular importancia el fenómeno de la argumentación. Piénsese por ejemplo en la tópica de Viehweg, allí la labor de los tópicos, antes que sustentar la decisión, van dirigidos a legitimar la decisión. Los tópicos son legítimos en tanto que eran aceptados, sobre todo por los hombres de prestigio (referencia a la autoridad que viene desde el mismo Aristóteles) y toda la argumentación que se desprende de un tópico debe quedar irradiada con su legitimidad.

Denuncia el mismo Habermas que la racionalidad de la administración de justicia debe resolverse en una tensión que, de cierta forma observamos en la ya anacrónica discusión suscitada entre las teorías iuspositivistas y las iusnaturalistas, apostándole la primera a la seguridad jurídica

y la segunda a la *justicia*, que convendría en este contexto llamar corrección (moral) de las decisiones. En este sentido afirma que “La tensión inmanente al derecho entre facticidad y validez se manifiesta dentro de la administración de justicia como tensión entre el principio de seguridad jurídica y la pretensión de estar dictando decisiones correctas” (Habermas, 2005, pág. 266).

Esta cuestión no puede perderse de vista, pues, si las teorías de la argumentación jurídica quieren dar cuenta del problema de la racionalidad de las decisiones judiciales, deben necesariamente realizar una apuesta que resuelva de forma aceptable esta tensión, así, “El problema de la racionalidad de la administración de justicia consiste, por tanto, en que la aplicación de un derecho surgido contingentemente pueda hacerse de forma internamente consistente y fundamentarse externamente de modo racional, para asegurar simultáneamente la *seguridad jurídica* y la *rectitud o corrección normativas*.” (Habermas, 2005, pág. 268); cuestión que, a efectos de nuestra investigación, debe observarse de forma crítica en la propuesta de Alexy.

Las teorías de la argumentación le apuestan, en contraposición al anacrónico modelo de racionalidad de las ciencias naturales, a un modelo de racionalidad de carácter *participativo* y no instrumental, en el cual la hermenéutica dejaría de entenderse como mera herramienta para la tarea de la interpretación. El modelo de racionalidad técnico-instrumental, en su afán de privilegiar el método sacrificó el papel del sujeto, papel del cual se quiere hacer justicia bajo este nuevo modelo. Es allí en donde cobra vital importancia el concepto de *razonabilidad*, pues, en el ámbito de la razón práctica como capacidad humana de decidir, estas teorías modernas del derecho entienden que el papel del operador jurídico, en vez de impregnar de subjetividad las decisiones y con ello

manchar de irracional la administración de justicia, dotan de racionalidad a estas al privilegiar el papel de la razón por sobre la voluntad.

En este sentido el razonamiento jurídico, al fundamentarse en el concepto de *razonabilidad*, y no ya en el de verdad, entendida esta como adecuación a la realidad, en su sentido más tradicional, apunta a una nueva concepción en la cual la validez de dichos razonamientos apuntaría a su posibilidad de generar consensos. La interpretación capaz de generar mayor consenso sería, para cada caso específico, la más razonable.

Manuel Atienza, sin duda una autoridad en el tema, quien destaca la importancia práctica del concepto de razonabilidad para las teorías de la argumentación jurídica, afirma a la sombra de Recaséns que

(...) la lógica formal (...) no agota ni remotamente la totalidad del logos, de la Razón, sino que es tan sólo una provincia o un sector (...). Aparte de la lógica de lo *racional*, aparte de la lógica formal de la inferencia, hay otras regiones que pertenecen igualmente al logos, pero que son de índole muy diversa de aquella lógica de lo racional en sentido estricto. Entre esas zonas o regiones (...), figura el ámbito del logos de los problemas humanos de conducta práctica, al que yo he llamado *logos de lo razonable*. (Atienza, 1987, pág. 190)

Ahora bien, en este punto es importante dejar en claro la diferenciación entre lo *racional* y lo *razonable*, para lo cual Atienza parte de la base de que todo lo razonable ha de ser racional, desde un sentido amplio de la expresión, pero no todo lo racional es razonable.

Una decisión jurídica es razonable en sentido estricto si y sólo si: 1) se toma en situaciones en que no sería aceptable, o no se podría, adoptar una decisión estrictamente racional; 2) logra un equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que considerar en la decisión; y 3) es aceptable por la comunidad. (Atienza, 1987, pág. 193)

Por otro lado,

Una decisión jurídica es estrictamente racional si y sólo si: 1) Respetar las reglas de la lógica deductiva (lo que Aarnio [1987, 1 y 1987, 2] llama «Racionalidad L»). Por «lógica deductiva» hay que entender aquí la lógica clásica de predicados de primer orden. Esta lógica contiene reglas que tienen poco que ver con las formas naturales de razonar, pero ello no pone en peligro el requisito en cuestión que enuncia sólo una condición necesaria pero no suficiente: para tomar una decisión estrictamente racional hay que no incumplir una regla de la lógica, pero se pueden cumplir todas las reglas de la lógica y tomar decisiones no estrictamente racionales y, desde luego, no razonables. 2) Respetar los principios de la racionalidad práctica (lo que Aarnio [1987, 1 y 1987, 2], inspirándose esencialmente en Alexy [cfr. Alexy, 1978], llama «Racionalidad D»), a saber, los principios de: consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad; 3) Se adopta sin eludir la utilización de alguna fuente del Derecho de carácter vinculante. 4) No se adopta sobre la base de criterios éticos, políticos, etc., no previstos específicamente (aunque pudieran estarlo genéricamente) por el ordenamiento jurídico. (Atienza, 1987, págs. 193-194)

Lo nuclear en este contexto es, como ya se anotó, que una decisión estrictamente racional no es necesariamente razonable. De allí, y asumiendo a ojos cerrados la teoría de los *hard cases*, en los que con justa razón se desarrolla mayormente la teoría de la argumentación, se apela a la razonabilidad para estos casos en los cuales a pesar de que se cumplen los requisitos mencionados



de racionalidad estricta, se carece de solución o la decisión que habría de adoptarse sería *inacceptable*.

Naturalmente sobre este tema de la razonabilidad como criterio de validez de las decisiones jurídicas hay mucha tela por cortar, pero por el momento bástese con mostrar que este nace como modelo de racionalidad alternativo a las propuestas, que como se ilustró entraron en crisis, propias del proyecto inacabado de la modernidad, y que es un factor común a las teorías de la argumentación jurídica; los argumentos son razones que dotan de razonabilidad las decisiones.

El concepto de razonabilidad hace justicia a la innegable realidad ya denunciada de que el conocimiento no puede ser más que fragmentario y atemporal, pero a su vez, y esto es de vital importancia, entra al rompe con la concepción de univocidad de este, lo que equivale en el campo jurídico a un requebrajo brutal a la idea de la seguridad jurídica, principio indispensable para el derecho si se le pretende exigir la tarea de estabilizador de expectativas de comportamiento (Luhmann).

## 4. APLICACIÓN DE PRINCIPIOS JURÍDICOS Y/O DERECHOS FUNDAMENTALES

### 4.1. Indeterminación del derecho

El intérprete de un texto jurídico se encuentra con una norma de carácter general y debe determinar cómo esta generalidad debe ser aplicada a cada caso particular. “Sólo en el conjunto de sus aplicaciones se hace concreto el sentido de una ley” (Gadamer, 1993, pág. 397). No existe algo así como una comprensión en abstracto de una ley y una posterior aplicación. Pero esta generalidad de las leyes exige que el operador del derecho realice un agregado de contenido a las mismas para poder concretar su sentido. Respecto a este problema hermenéutico, y en el mismo sentido, RECASÉNS es muy enfático al afirmar lo siguiente:

(...) ninguna norma general, y pienso desde luego incluso en las normas generales que han logrado una mejor formulación, constituye una norma completa, es decir susceptible de ser aplicada directamente y de un modo ejecutivo a las situaciones concretas de la vida, que esa norma general trata de cubrir. No es una norma completa, no puede ser aplicada directamente y sin más, precisamente porque es una norma *general*; y porque, en cambio, la materia sobre la cual debe ser aplicada es *particular, concreta*. Para que una norma general pueda ser aplicada a unas relaciones sociales, es necesario tejer un puente entre la *generalidad* de la norma y la *particularidad* del caso concreto...*la norma general nunca es Derecho ya directamente aplicable*. (Recaséns, 1956, págs. 208-210)

En la interpretación de todo texto jurídico existe una complementación productiva del mismo. No solo en los casos difíciles o los casos problemas el juez crea derecho. Pero lo ideal en todo sistema jurídico es que la decisión judicial no responda a arbitrariedades por parte del juez, que la complementación de sentido en la tarea de aplicación no sea guiada por intereses personales. En este punto reposa, según Gadamer, la idea de seguridad jurídica que acompaña a todo estado de derecho. Siendo así las cosas “[c]ualquier abogado y consejero está en principio capacitado para aconsejar correctamente, esto es, para predecir correctamente la decisión del juez sobre la base de las leyes vigentes” (Gadamer, 1993, pág. 402).

Este problema es también advertido por Habermas quien reconoce el mérito de la hermenéutica jurídica de hacer valer el hecho de la idea aristotélica de que ninguna regla puede regular su aplicación (Habermas, 2005, pág. 268).

Aristóteles muestra que toda ley se encuentra en una tensión necesaria respecto a la concreción del actuar, porque es general y no puede contener en sí la realidad práctica en toda su concreción (...) La ley es siempre deficiente, no porque lo sea en sí misma sino porque frente a la ordenación a la que se refieren las leyes, la realidad humana es siempre deficiente y no permite una aplicación simple de las mismas. (Gadamer, 1993, pág. 390)

La tensión existente entre el texto y el sentido que alcanza su aplicación al momento concreto de la interpretación se debe en gran medida a la relación entre generalidad y particularidad, tal como se ha expuesto, pero no se agota en ella. También entra en juego aquí la imposibilidad en la que se encuentra todo intérprete de comprender un texto en forma totalmente contemplativa. Cada texto es, si se permite decirlo, potencialmente vago en su sintaxis. Para la teoría hermenéutica,

cuando comprendemos lo hacemos desde una situación hermenéutica y por ello nuestra interpretación es, desde todo punto de vista, epocal. Aunque en su literalidad siga intacto, en cada época puede significar algo distinto, puede ser entendido de una forma diferente. Una norma expedida hace tiempo puede, en la actualidad, tener perfectamente un sentido jurídico disímil al originario, y esta mutación de sentido solo es posible, y además es una exigencia en el mundo moderno, a través de la tarea de aplicación del derecho que realiza juez.

Para las teorías del realismo y del positivismo jurídico tal tensión se resuelve de forma distinta; la primera apostándole a un amplio sentido de discrecionalidad del juez y la segunda a la observancia de los procedimientos establecidos para la producción de las normas pero que, en últimas, también apunta a una teoría decisionista; a manera de ejemplo,

Hart hace derivar la necesidad de interpretación que tienen las normas jurídicas de la estructura básicamente abierta de los lenguajes naturales y llega a una conclusión decisionista. En la medida en que el derecho vigente no baste para una determinación exacta de un estado de cosas, el juez no tendrá más remedio que decidir conforme a su propio criterio. (Habermas, 2005, pág. 272)

Lo importante en este contexto es recalcar la *indeterminación inmanente al derecho* de la que debe dar cuenta toda teoría moderna del derecho, con miras siempre a satisfacer el ideal de la seguridad jurídica sin dejar de lado el problema de su racionalidad o aceptabilidad.

El concepto de *textura abierta* es una traspolación que realiza H. L. A. Hart al derecho del concepto del mismo nombre de Friedrich Waismann, integrante del círculo de Viena.<sup>3</sup> Este, según es utilizado por Hart, debe entenderse como una especie de potencialidad de vaguedad (Genaro Carrió). Cuando nos enfrentamos con una experiencia totalmente nueva –y esto nos da una idea de la lingüísticidad de nuestra experiencia– sencillamente no tenemos palabras para designarla. Por ello nos vemos obligados a utilizar las palabras que ya tenemos para poder hacerlo. Así, una palabra o término que inicialmente no estaba prevista para denotar o ser aplicada a una situación, es obligada a cobijarla. Este fenómeno puede ser descrito como la mutación del contexto de aplicación de una palabra o término. Pensemos en la palabra navegar, que inicialmente era utilizado solo en el contexto de lo acuático. Con la aparición de la aviación, y a falta de palabras como ya se explicó, simplemente se utilizó esta misma palabra en el ámbito aéreo (de hecho, se le llama aeronáutica). Actualmente esta palabra también denota el hecho de buscar datos en la red. Así, claramente se ve como una palabra va ganando contextos de aplicación.

En este contexto es que Hart afirma que

(...) cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta”. (Hart, 1992, pág. 159)

---

3 El concepto de texto abierto, según fue introducido por WAISMANN en la reflexión filosófica, responde a problemas particulares de la teoría de la verificación. Si se identifica el significado de las palabras con las proposiciones acerca de los datos que percibimos a través de los sentidos las definiciones estarían imposibilitadas para responder a situaciones impensadas.

Como ya vimos, Habermas reconoce tres alternativas (inacabadas) de solución para la tensión entre facticidad y validez, que se traducen en el campo del derecho como tensión entre seguridad jurídica y la pretensión de estar dictando decisiones correctas. No obstante, afirma que “Particular interés merece la propuesta de Ronald Dworkin, la cual proyecta las suposiciones de racionalidad de la práctica de las decisiones judiciales sobre el plano de una reconstrucción racional del derecho vigente” (Habermas, 2005, pág. 266).

De hecho, Habermas considera que

La teoría de los derechos de Ronald Dworkin puede entenderse como la tentativa de evitar las deficiencias de las propuestas de solución realista, positivista y hermenéutica y de, introduciendo el supuesto de derechos concebidos en términos deontológicos, explicar cómo la práctica de las decisiones judiciales puede satisfacer simultáneamente a las exigencias de seguridad jurídica y de aceptabilidad racional. (Habermas, 2005, pág. 272)

Dworkin le da un giro constructivista al planteamiento hermenéutico, afirma Habermas, asumiendo los derechos subjetivos como triunfos políticos (sentido deontológico), y desarrollando una metodología de interpretación constructivista en cabeza del Juez Hércules, quien, al mejor estilo del semidios gozaría de gran fuerza - en este caso intelectual - al suponer que conoce todo el derecho vigente y dispone de todo el tiempo para realizar una reconstrucción racional del mismo y llegar a una *decisión correcta* para cada caso concreto. Este juez

(...) lo sabe todo, dispone de tiempo ilimitado para tomar la decisión, su información sobre el caso y sobre los argumentos relevantes es ilimitada, es incluso capaz de hacer las elecciones más

difíciles, esto es importante para la imparcialidad, es capaz de cambiar su rol con otros sin ningún límite. Resumiendo: Hércules J. es una persona ideal que opera en la situación ideal de habla que tiene como tarea tomar las <<mejores>> decisiones jurídicas <<posibles>>. (Aarnio, 1990, pág. 31)

Dworkin recurre a la distinción entre reglas y principios, de la que también será heredero Alexy, para criticar el positivismo jurídico de su maestro Herbert Hart, el más coherente e influyente de la época, el cual asume en su afán de decantar el derecho de cualquier elemento moral que el sistema jurídico se compone solo de reglas; así, “(...) es sólo esta concepción *unidimensional* del derecho como un sistema exento de principios el que obliga a sacar la consecuencia de que las colisiones de reglas traen consigo una indeterminación de la situación jurídica, que solo cabe eliminar ya en términos decisionistas.” (Habermas, 2005, pág. 279).

Naturalmente la propuesta de Dworkin, empezando por el hecho de que asume la figura de un Juez que no existe – aunque se entiende que este jugaría el papel de ser modelo ideal- es objeto de múltiples críticas, especialmente por el realismo jurídico.

En este sentido F. Michelman critica la concepción de monológica que tiene Dworkin del proceso de la decisión judicial: <<lo que falta es diálogo. Hércules... es un solitario. Es demasiado heroico. Sus construcciones narrativas son monológicas. No conversa con nadie, si no es a través de libros. No se entrevista con otros. No se tropieza con la otroidad. Nada le conmociona. Ningún interlocutor viola la inevitable insularidad de su experiencia y perspectiva. Hércules no es más que un hombre después de todo. Y ningún hombre ni ninguna mujer podría ser así. Dworkin ha construido una apoteosis del juez juzgando, pero sin prestar atención a lo que parece ser la característica

institucional más universal y llamativa de la clase judicial, su pluralidad>>. (Habermas, 2005, pág. 295).

No obstante, Habermas considera que esta *interpretación constructiva del derecho vigente* planteada por Dworkin es defendible desde una lectura procedimentalista, vale decir, al hacer depender la racionalidad de las decisiones judiciales no solo de la calidad de los argumentos sino también de la estructura del proceso de argumentación (Habermas, 2005, pág. 297), cuestión que no podemos perder de vista, pues, la propuesta de Alexy también apunta en este sentido. Para Alexy la racionalidad de la decisión depende en buena medida del procedimiento y, es por ello por lo que su desarrollo teórico va dirigido esencialmente a este, la ponderación de principios es eminentemente procesual. Ponderar es aplicar paso a paso la fórmula desarrollada por Alexy para asegurar una decisión racional y razonable, en el evento de colisión de principios jurídicos y en donde se supone nos hallamos ante la indeterminación de la norma jurídica aplicable al caso concreto.



## 4.2 La Teoría de Ponderación de Principios de Robert Alexy

### 4.2.1. Reglas y Principios

En la actualidad, la teoría más depurada de ponderación de principios es la defendida por Robert Alexy. Para este autor, la distinción de las normas en reglas y principios es de fundamental importancia, pues, sin esta no podría existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993, pág. 81). Tal distinción no es solo gradual, vale decir, no es solo la generalidad el criterio decisivo para diferenciar las reglas y los principios, sino que existe una diferencia cualitativa entre ambas:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización* que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993, pág. 86) (subrayado nuestro)

En este mismo sentido, y con el pleno conocimiento de la teoría de Alexy, afirma Habermas que

(...) las normas (debiéndose leer según la teoría de Alexy, *reglas*) se presentan con una pretensión binaria de validez y son, o bien válidas, o bien no válidas; frente a los enunciados normativos, al igual que frente a los enunciados asertóricos, solo podemos tomar postura con un <<sí>> o con un <<no>>, o absteniéndonos de juzgar. En cambio, los valores fijan relaciones de preferencia que dicen que determinados bienes son más atractivos que otros; de ahí que nuestro asentimiento a los enunciados valorativos consienta grados. (Habermas, 2005, pág. 328)

No obstante, Habermas es un crítico de Alexy en este punto, para quien:

Los principios, lo mismo que las reglas, no tienen una estructura teleológica. Y no deben entenderse -en contra de lo que sugiere la apelación a la <<ponderación de bienes>> en las habituales *Methodenlehren* o <<metodologías jurídicas>>- como mandatos de optimización, pues con ello se desvanecería el sentido deontológico de su validez. (Habermas, 2005, pág. 278)

Nótese en la cita anterior que Habermas habla de valores y no de principios, conceptos que deben diferenciarse, pues, no debe confundirse la distinción entre *reglas y principios* con la distinción entre normas y fines u objetivos. “Los principios o normas de orden superior, a cuya luz pueden justificarse otras normas tienen un sentido deontológico, los valores, en cambio, un sentido teleológico.” (Habermas, 2005, pág. 328)

La propuesta contenida en la *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *grosso modo*, reza que la aplicación de cada tipo específico de normas debe hacerse de forma distinta, atendiendo a su particular estructura. Las reglas deben ser aplicadas a través del *tradicional* método de la subsunción y los principios a partir del método de la ponderación que viene a desarrollar Alexy en

dicho texto. No obstante, no perdamos de vista que, a pesar de la estructura diferenciada entre reglas y principios, ambas son, por su naturaleza, normas. “Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser.” (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993, pág. 83).

Ahora bien, tal distinción de normas en reglas y principios, como ya se anotó, se hace a efectos de dar cuenta, entre otros, de una teoría satisfactoria de la colisión; el término colisión hace alusión al caso específico de los principios: mientras entre las reglas se presentan conflictos, los principios colisionan entre sí.

Cuando dos reglas parecen ser aplicables a un caso específico, y sus órdenes son disimiles, por ejemplo, una prohíbe y otra permite una conducta X, puede afirmarse que existe un conflicto entre estas. Al respecto afirma Alexy que tal “(...) conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas” (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993, pág. 88), a tal efecto, se ilustra a través del ejemplo de la prohibición de abandonar la sala antes de que suene el timbre de salida y la orden de abandonarla en caso de alarma de incendio; en este evento el caso de la alarma de incendio entraría a ser una excepción a la prohibición general de abandonar la sala antes del timbre de salida.

Ahora bien, si no es posible la cláusula de excepción se debe declarar inválida, por lo menos, una de las reglas atendiendo a criterios como:

- *Lex posterior derogat legi priori*
- *Lex specialis derogat legi generali*
- *Importancia de las reglas en conflicto*

Este tipo de reglas son ampliamente conocidas por los juristas y no hay en ellas nada novedoso; lo fundamental en este caso es que **la decisión va dirigida al plano de la validez de las normas**, cuestión que no ocurre, como veremos en el evento de colisión de principios.

Según expresa Robert Alexy en su teoría de los derechos fundamentales, en los casos concretos los principios tienen diferente peso y prima el principio con mayor peso. Esta "dimensión del peso" propia de los principios y ausente en las reglas ya había sido advertida por Dworkin en *Los Derechos en Serio*,<sup>4</sup> pero lo nuclear aquí es la anotación de que “[l]os conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios -como solo pueden entrar en colisión principios válidos- tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso” (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993, pág. 89).

La colisión de principios se convierte, en la teoría de la ponderación, en el reto del operador jurídico para la aplicación de estos; ambos piden ser realizados, pero solo uno de ellos, vale decir, aquel que tiene mayor peso para el caso específico, puede reclamar *legítimamente* su aplicabilidad

---

4 En la teoría de Dworkin, la jerarquización de los principios (su peso o importancia) no se realiza de forma discrecional y para cada caso en concreto, pues, siguiendo a Rawls, esta ha de ser un acuerdo político al interior del congreso constituyente.

para el caso concreto, no por ello, invalidando el otro principio en pugna, esto es lo que va a llamar Alexy la precedencia condicionada de un principio sobre otro; al respecto se afirma que:

Esta situación (refiriéndose a una colisión de principios) no es solucionada declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se la soluciona introduciendo una excepción en uno de los dos principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los dos principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente. (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993, págs. 91-92) (Subrayado fuera de texto)

Para la aplicación de principios constitucionales, partiendo del hecho de que es una teoría de los derechos fundamentales (entre otras cosas alemanes), las colisiones deben ser resueltas a través de la dimensión del peso y no en el plano de la validez. Así, ambos principios permanecen válidos, pero, **en el caso específico**, debe aplicarse aquel que tenga mayor peso. Tal aplicación se haría a través del juicio de ponderación siendo la forma en la que se utiliza este una descripción abstracta realizada por Alexy para recalcar algo que el Tribunal Constitucional Alemán venía haciendo. En síntesis:

Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen *mandatos definitivos* sino sólo *prima facie*. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio

exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas. (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993, pág. 99)

Esta forma de entender a los principios como mandatos de optimización despoja a los mismos de su carácter deontológico y se estructuran más como programas políticos deseables, pero no obligatorios; así, aunque Alexy nos repita una y otra vez que tanto reglas como principios son normas porque ambos dictan que hacer, sería impensable e incluso contradictorio estructurar una norma **jurídica** como no obligatoria, y es precisamente en ello en lo que se convierten los principios jurídicos bajo la sombra de Alexy, al considerar a estos como mandatos de optimización no definitivos. Así, Habermas se refiere a la propuesta de Alexy en los siguientes términos:

(...) entender los principios, de tal guisa transformados en valores, como mandatos de optimización, cuya intensidad permanece abierta. Esta interpretación viene a ajustarse a una expresión algo laxa, pero habitual entre los juristas, que hablan de una <<ponderación de bienes>> (*Güterabwägung*). Si los principios sientan un valor que debe ser realizado de forma óptima, y si el grado de cumplimiento de este mandato de optimización no puede obtenerse de la norma misma, pues la norma ni lo establece ni lo puede establecer, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace menester una ponderación orientada a fines. Pero como ningún valor puede pretender de por sí una primacía incondicional sobre los demás valores, con tal operación de ponderación o sopesamiento la interpretación del derecho vigente se transforma en el negocio de una *realización de valores*, que concretiza a éstos orientándose por el caso concreto. (Habermas, 2005, pág. 327)

Pero esta comprensión de los principios jurídicos como valores trae además consecuencias nefastas, pues,

(...) los derechos fundamentales cobran un sentido distinto según que se los entienda en el sentido de Dworkin como principios jurídicos deontológicos, o en el sentido de Alexy como bienes jurídicos optimizables. En tanto que normas regulan una materia en interés de todos por igual; en tanto que valores constituyen, en la configuración que forman con otros valores, un orden simbólico en el que se expresan la identidad y forma de vida de una comunidad jurídica particular. (...) Quien hace agotarse una Constitución en un orden concreto de valores, desconoce su específico sentido jurídico; pues como normas jurídicas, los derechos fundamentales, al igual que las reglas morales, están formados conforme al modelo de normas obligatorias de acción, y no conforme al modelo de bienes apetecibles.” (Habermas, 2005, pág. 329)

En este modelo Alexy le apuesta al Juez y a su sentido de justicia, la cuestión de la precedencia de un principio sobre otro queda, por muy duro que suene, al arbitrio del juez; ello en tanto que tal relación puede invertirse a la hora de resolverse otro caso concreto. En el modelo de Dworkin, más respetuoso de la seguridad jurídica, esa cuestión de precedencia es determinada por el legislador, de modo tal que cuando se presente una colisión entre principios la solución siempre va a ser la misma, pues, el peso de los principios estará asignado de modo apriorístico por la legislatura.

Para Dworkin esa dimensión del peso específico de cada principio debe ser el mismo en cada caso. Si se presenta una colisión entre el libre desarrollo de la personalidad y la honra debería, a modo de ejemplo, ya estar determinado que el libre desarrollo de la personalidad debe ceder

cuando se afecta el derecho a la honra. Esto naturalmente petrifica la práctica del derecho, pero gana en seguridad jurídica, pues, el tema de la predictibilidad de las decisiones judiciales tampoco puede ser sacrificado tan abruptamente.

Es entre estos dos modelos que se encuentra el horizonte de solución de nuestro problema de investigación; si se quiere, puede plantearse como la eterna pugna entre seguridad jurídica y justicia. El modelo Alexiano es peligroso en tanto abre las puertas a la arbitrariedad, crítica que ya se le ha hecho por teóricos como García Amado, pero el modelo de Dworkin, pese a ser más respetuoso de una igualdad formal, también presenta numerosos riesgos. Vale la pena evaluar desde el estudio crítico y analítico cada uno de estos modelos desde el contexto nacional, claro está, en donde se hace imposible apostar cuál de las ramas del poder esté más carente de legitimidad.

#### *4.2.2 Aplicación de reglas. Observaciones críticas necesarias.*

Bajo estos supuestos, cuando un operador jurídico -léase juez- se enfrenta a un caso concreto, la aplicación del texto jurídico se hará de forma distinta dependiendo de si la *norma aplicable* está estructurada como regla o como principio. En el primer caso deberá hacer uso de la subsunción normativa, y en el segundo de la ponderación de principios.

La subsunción presupone una estructura silogística de la decisión judicial, cuestión que requeriría un análisis cuidadoso. Ahora bien, aceptemos metodológicamente que la decisión



judicial posee una estructura silogística, y analicemos la consistencia lógica de dicha idea. De cara a una norma que prescriba que “aquel que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia será penado con arresto” y frente al hecho que Manuel realizó acceso carnal con Hanna por medios violentos, lógicamente, Manuel debe ser **arrestado**. El silogismo, si se quieren cumplir las exigencias de la lógica proposicional, sería algo como sigue:

pM: todo aquel que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia será penado con arresto

pm: Manuel realizó acceso carnal con otra persona (léase Hanna) mediante violencia

Conclusión: Manuel será penado con arresto

Vistas así las cosas la decisión judicial es reductible a una estructura excesivamente sencilla. Pero ¿de dónde surgen las premisas? Simplemente son producto de la interpretación del juez. El acontecer de todo el proceso judicial y su teleología va encaminado al descubrimiento, por decirlo de un modo, de la premisa menor. Vale decir, a más de ser una premisa es a su vez una conclusión; producto del convencimiento que se haya logrado en el juez por cada una de las partes procesales. Si, verbigracia, el testimonio de Hanna no es muy creíble es factible que se difumine la existencia del delito –aunque fácticamente haya ocurrido-. Situación que debe bastarnos para advertir que la premisa menor no es una proposición gratuita sino una interpretación que de los hechos hace quien decide.

Por otra parte, cada postura iusfilosófica provee el término interpretación de una connotación abismalmente distinta. Por ello debemos ser más precisos, pues, aquí podría asumirse que el término interpretación denota, al estilo exegetico, una tarea mecánica. Y entonces se podría contra argumentar diciendo que aun existiendo dicha interpretación las valoraciones por parte del intérprete no se hacen presentes. Esta fue la fallida tarea del sistema probatorio de corte tarifario, pues, de forma apriorística se le asignaba un valor a cada prueba a través del cuerpo legislativo de forma tal que la tarea del juez consistiese, aparentemente, en una mera subsunción lógica. Si dos testigos con declaraciones en un mismo sentido son plena prueba solo basta recepcionar esos dos testimonios y concederles ese valor. Pero para saber si las declaraciones son en un mismo sentido nos encontramos nuevamente con una interpretación que de los hechos hace quien decide. Entonces, para salvar la mecanicidad de la interpretación, habría que legislar infinitamente para que cada hecho tuviese un significado definido y así el juez no agregara ningún tipo de valoración al enfrentarse a estos: desde el tamaño de letra con el que se presenta la demanda hasta la apariencia del indiciado y su abogado defensor. Cuando hablamos de interpretación en este contexto no nos referimos a ella como tarea mecánica. Máxime cuando esta concepción se torna insalvable, como analizamos a lo largo del capítulo anterior. Y de cara a la actual libre apreciación de la prueba se torna ineludible el reconocimiento del papel activo del juez. Éste estampa parte de su yo a través de sus valoraciones.

Además de lo ya expuesto hay que reconocer a la par de Recaséns que “[l]os llamados hechos jurídicos no son hechos desnudos, hechos en bruto, tal y como efectivamente se dan en la realidad, sino que son hechos vestidos jurídicamente” (Recaséns, 1956, pág. 207). No puede existir algo así como una elección de una norma aplicable si los hechos no han sido valorados desde un punto de

vista jurídico y, a su vez, la tarea de valorar dichos hechos no es pensable si no se tiene en mente una tentativa de norma general aplicable. “[L]a determinación de la norma y la constatación del hecho o de los hechos, con su calificación jurídica, no son dos momentos diferentes y sucesivos en el proceso jurisdiccional, sino que son algo así como el anverso y reverso de una misma operación” (Recaséns, 1956, págs. 207-208).

La premisa Mayor tampoco puede ser reconocida como texto eximido de interpretación. Toda norma requiere de esta y ello no implica que esta sea defectuosa. “[L]a *interpretación no es una operación exclusiva de los textos defectuosos, sino algo consustancial a la práctica del derecho* (Mercado, 2008, pág. 84) (cursivas propias del texto). En gran parte esto se debe a la naturaleza lingüística del derecho. Desde que las palabras son insertas en las normas adquieren una significación que es preciso interpretar, y en la mayoría de los casos esa significación es exclusiva de la disciplina jurídica.

La subsunción normativa no es, como se nos ha hecho creer, un método de aplicación normativa avalorativo y mecánico. De cierta forma todos hemos tenido esa intuición, así que no habría ninguna revelación en tal afirmación. Pero lejos de ser este el problema, la cuestión se complica cuando se afirma que existe otro tipo de norma que requiere ser aplicada de una forma distinta ya que, debido a su estructura, no es posible su aplicación a través del tradicional y “sencillo” método de la subsunción normativa.

#### 4.2.3. Aplicación de principios (ponderación y su estructura)

Por otra parte, los conflictos entre reglas se resolverían en el plano de la validez, vale decir, cuando dos o más reglas llevan a soluciones disímiles en un caso concreto solo una de ellas es aplicable. El conflicto se resuelve fácilmente al introducir una cláusula de excepción o declarando una(s) de las normas invalidas. Las reglas son del tipo todo o nada, de aplicación disyuntiva.

Cuando hablamos de principios no entraríamos a hablar siquiera de conflicto sino, más bien, de colisión. Además, tal colisión no se resolvería en el plano de la validez. Los principios coexisten y cuando dos o más principios nos llevan a soluciones disímiles en un caso concreto, es decir, cuando colisionan, no hay porque poner en entredicho la validez de ninguno de ellos. Todos los principios siguen siendo válidos, pero aquel que, para el caso específico, tenga más peso, se aplicará para la solución de ese caso.

Al respecto el profesor Bernal Pulido explica de forma sintética lo siguiente:

La ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan “*que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”. Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos.

Para establecer esa “*mayor medida posible*” en que debe realizarse un principio, es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas. Esto se lleva a cabo en una colisión entre principios. Existe una colisión entre principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso. (Bernal Pulido, 2003, pág. 6)

El concepto de ponderación es de hecho una traspolación traído del campo de la ética, cuestión que refuerza la objeción hecha por parte de Habermas referente a la concepción por parte de Alexy de los principios como normas-valor, dada su naturaleza eminentemente axiológica. Al respecto Daniel G. Gorra nos resume estos antecedentes del método de la ponderación como sigue:

El método de ponderación es una aplicación del conocido método que en la década del '30 dentro del ámbito de la ética formuló David Ross (2003), manifestando que existiendo más de un valor estos podrían entrar en conflicto y por lo tanto en los casos particulares debería preponderarse cuál valor ponderar. Ross (2003) consideraba que las obligaciones morales no eran obligaciones absolutas, por cuanto podían entrar en conflicto con otras obligaciones morales, sino que eran obligaciones *prima facie*; recién en el caso concreto podía establecerse si una obligación *prima facie* era o no una obligación moral absoluta desplazando en ese caso a otras obligaciones *prima facie* que podían entrar en conflicto con ellas. Nadie ha dicho nada nuevo acerca de este tema a partir de David Ross, de manera que la aplicación al ámbito jurídico, es algo que David Ross hace 80 años- descubrió para el ámbito moral, es decir, proporcionar un método decisorio para elegir las obligaciones *prima facie*. (Gorra, 2018, pág. 2)

La ponderación hace parte del principio jurídico de proporcionalidad, que en esencia es el que exigiría la ausencia – o disminución en la máxima medida- de arbitrariedad en la producción del derecho o, para el caso, en la toma de decisiones judiciales. A su vez, el principio de proporcionalidad se divide en tres subprincipios a saber: i) adecuación o idoneidad ii) necesidad y iii) proporcionalidad en sentido estricto.

Los dos primeros subprincipios están relacionados con las posibilidades fácticas de realización de los principios en colisión, “[l]os subprincipios de adecuación y necesidad se tratan de una optimización relativa a las posibilidades materiales.” (Alexy, 2009, pág. 8), así, según el principio de adecuación, debe excluirse el empleo de un medio que perjudique al menos uno de los principios en pugna sin promover la realización de otro y según el principio de necesidad debe elegirse, de entre dos medios que promueven prácticamente igual la realización de un principio, el que menos intervenga en el principio opuesto.

Estos dos primeros subprincipios no son más que la obligación de observar una relación medio-fin desde una perspectiva costo-beneficio, como el mismo Alexy acepta, es una manifestación de la idea del óptimo de Pareto que, para el caso específico se traduciría en la idea de encontrar el punto óptimo en el cual se logre la máxima realización de los principios en colisión o, de otro modo, la prohibición de utilización de medios que sacrifiquen o perjudiquen la realización del principio A sin mayores ventajas para la realización del principio B.

Si se quiere un ejemplo palpable, obsérvese la normatividad procesal penal en materia de imposición de Medidas de Aseguramiento al procesado. Aquí la observancia de estos dos

subprincipios implicaría la prohibición de la imposición de una Medida de Aseguramiento más gravosa si, con la imposición de una menos lesiva se logra el fin perseguido con dicha medida. Para ser más explícitos, si se logra el cumplimiento del fin propuesto para la medida de aseguramiento en un caso específico con una detención en lugar de residencia, sería a todas luces irrazonable imponer una detención intramural; ello porque se adoptaría un medio más lesivo para el derecho fundamental a la libertad sin promover en mayor grado la realización del derecho o principio en colisión, sea la integridad de la víctima o sociedad o los fines procesales que se persiguen con la no obstrucción o comparecencia del procesado.

En cuanto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, el que podríamos llamar propiamente ponderación, se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Afirma Alexy: “Es idéntico a una regla que podemos denominar “ley de ponderación”, la cual dice: Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro.” (Alexy, 2009, pág. 9).

El sinsabor que queda realmente es cómo, para el caso procesal penal expuesto y que se desarrollará posteriormente, en el cual los medios y fines están definidos normativamente, la justificación seria de la aplicación de estos subprincipios y de las técnicas de ponderación es excepcionalmente palpable. Si ello es así en un caso de aplicación reglada del principio de proporcionalidad que ha de esperarse para el evento en el cual corresponde al interprete la escogencia de medios y fines.

La teorización realizada por Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales* sobre el cómo deben aplicarse los principios jurídicos es incipiente comparada con el posterior desarrollo que este realiza en el Epílogo a su *Teoría de los derechos fundamentales*. A raíz de las fuertes críticas realizadas a la teoría de la ponderación expuesta primigeniamente, Alexy presenta, en su afán de hacer frente a estas, nuevamente su teoría de una forma más depurada en la cual destaca la fórmula del peso, que complementa la ley de colisión y la ley de ponderación.

Según Alexy, dicha fórmula podría expresarse como sigue:

$$GP_{i,jC} = \frac{IP_{iC}}{WP_{jC}}$$

G=Peso relativo

Pi= principio cuya vulneración se examina

I= Intensidad

C= Caso Concreto

W= Importancia *de satisfacción*

Pj= Principio Contrario

Afirma Robert Alexy que “debe utilizarse «IPiC» para denotar la intensidad de la intervención (I) en Pi en el caso (C), que debe ser decidido” (Alexy, 2002, pág. 38). En el mismo orden deberá afirmarse que «WPjC» denotará la importancia de la satisfacción (W) del principio contrapuesto (Pj) en el caso concreto (C).



Ahora bien, tal fórmula solo es válida en el entendido de que el *peso abstracto* de los principios objeto de colisión sean equivalentes, vale decir, que considerados de una forma desatendida de cualquier caso en particular se estime que ambos tienen igual relevancia; de no ser así la fórmula sería la siguiente:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_{iC} \cdot GP_{iA}}{WP_{jC} \cdot GP_{jA}}$$

Donde «GP<sub>iA</sub>» y «GP<sub>jA</sub>» denotaran los pesos *abstractos* de los principios P<sub>i</sub> y P<sub>j</sub> respectivamente.

Si a ello se le suma la ley epistémica de la ponderación según la cual “[c]uanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que la sustentan.” (Alexy, 1993, pág. 161) la fórmula, aunque en esencia es la misma, se vuelve un poco más compleja y se expresará como sigue:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_{iC} \cdot GP_{iA} \cdot SP_{iC}}{WP_{jC} \cdot GP_{jA} \cdot SP_{jC}}$$

Al respecto el profesor Bernal Pulido nos brinda una explicación sintética y entendible del significado de tal fórmula:

Esta fórmula expresa que el peso del principio P<sub>i</sub> en relación con el principio P<sub>j</sub>, en las circunstancias del caso concreto, resulta del cuociente entre el producto de la afectación del principio P<sub>i</sub> en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio P<sub>j</sub> en concreto, su peso

abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra. Alexy mantiene que a las variables referidas a la afectación de los principios y al peso abstracto, se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo con los tres grados de la escala triádica, de la siguiente manera: leve  $2^0$ , o sea 1; medio  $2^1$ , o sea 2; e intenso  $2^2$ , es decir 4. En cambio, a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les puede atribuir un valor de seguro  $2^0$ , o sea, 1; plausible  $2^{-1}$ , o sea  $\frac{1}{2}$ ; y no evidentemente falso  $2^{-2}$ , es decir,  $\frac{1}{4}$ . (Bernal Pulido, 2003, págs. 12-13)

**En esta teoría procedimental de la aplicación de principios -constitucionales- debe tenerse en cuenta entonces, el peso abstracto de los principios que colisionan, su peso concreto, es decir, para el caso específico, y la seguridad de las premisas empíricas relativas a la afectación de tales principios.**

En palabras de Alexy:

La ley de ponderación muestra que la ponderación se puede dividir en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro. (Alexy, 2002, pág. 32)

### 4.3. De regreso a Dworkin

Como ya se ha anotado suficientemente, la distinción entre reglas y principios es de suma importancia para el desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales de Alexy. Tal distinción, se reitera, no es para nada nueva. Dworkin atrajo la mirada de los teóricos del derecho hacia el concepto de principio al plantear un problema relacionado con la seguridad jurídica, pues, según este, en la aplicación de principios se crea una norma que no existía de forma precedente, este define los principios y los diferencia de las directrices políticas como sigue:

Llamo <<directriz>> o <<directriz política>>\* al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo <<principio>> a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio. (Dworkin, 1997, págs. 72-73)

A su vez, la distinción entre reglas y principios fue planteada por Dworkin en miras a su funcionalidad, en los mismos términos que luego va adoptar Alexy, vale decir, afirmándose que la aplicación de las normas (reglas para Alexy) es disyuntiva, mientras que la de los principios

permite grados; que una norma es o bien válida o no lo es, que su aplicación es de todo o nada y que admite excepciones. Afirma Dworkin:

La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión. (...) Sin embargo, un enunciado preciso de la regla tendría en cuenta esta excepción, y cualquier enunciado que no lo hiciera sería incompleto. Si la lista de excepciones es muy grande, sería demasiado incómodo repetirlas cada vez que se cita la regla; en teoría, sin embargo, no hay razón por la cual no se las pueda agregar a todas: y, cuantas más haya, tanto más preciso es el enunciado de la regla. (Dworkin, 1997, págs. 74-75)

En este sentido, la distinción estructural que asume Alexy la encontramos perfectamente explicada en *Taking Rights Seriously* de Dworkin. Pero hay un punto en el que Alexy realiza una apuesta diferente, pues, mientras para Dworkin los principios no pueden ser catalogados como normas, Alexy los incorpora al sistema jurídico, propiamente dicho, con el argumento de que *ambos ordenan qué hacer*.

En la argumentación de Dworkin se lee que “[u]n principio como <<Nadie puede beneficiarse de su propio delito>> no pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una

decisión en particular” (Dworkin, 1997, pág. 76), **según esto, un principio no vincula al operador jurídico toda vez que no le obliga a decidir en uno u otro sentido.**

En ese mismo sentido, y en el evento de que nos quede alguna duda de tal afirmación, Dworkin expresa que “[c]uando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido” (Dworkin, 1997, pág. 77). Esto refuerza el hecho de que los principios no son vinculantes, entrarían a estructurarse como criterios auxiliares de interpretación. Esto en la teoría de Dworkin no tiene ningún problema porque los principios no son normas. En la teoría de Alexy, al afirmarse que tanto reglas como principios son normas porque ambas dicen “qué se debe hacer”, se dota a los principios de una fuerza vinculante que no goza en los planteamientos iniciales de Dworkin.

No obstante lo anterior, Dworkin deja abierta la posibilidad de entender los principios de dos formas distintas:

a) Podríamos tratar los principios jurídicos tal como tratamos las normas jurídicas, y decir que algunos principios son obligatorios como derecho y que han de ser tenidos en cuenta por los jueces y juristas que toman decisiones de obligatoriedad jurídica. Si adoptamos este punto de vista, debemos decir que en los Estados Unidos, por lo menos, el <<derecho>> incluye tanto principios como normas.

b) Podríamos, por otra parte, negar que los principios puedan ser obligatorios de la misma manera que los son algunas normas. Diríamos en cambio que, en casos como el de *Riggs* o el de

*Henningsen*, el juez va más allá de las normas que está obligado a aplicar (es decir, va más allá del <<derecho>>), en busca de principios extra-jurídicos que es libre de seguir si lo desea. (Dworkin, 1997, pág. 81)

La apuesta que hagamos en uno u otro sentido genera consecuencias distintas aparejadas a nuestra forma de entender el derecho,

El primer punto de vista trata los principios como vinculantes para los jueces, de modo que éstos hacen mal en no aplicar los principios cuando vienen al caso. El segundo punto de vista trata los principios como resúmenes de lo que la mayoría de los jueces hacen <<por principio>> [o<<se hacen el principio de hacer>>] cuando se ven obligados a ir más allá de las normas que los obligan. (Dworkin, 1997, pág. 82)

Aquí cabe evaluar el concepto de derecho jurídico de Timasheff; llama particularmente la atención que lo que realiza Alexy en su teoría de los derechos fundamentales es un salto del segundo punto de vista al primero. Inicia un estudio de lo que el Tribunal Constitucional Alemán venía decidiendo en casos difíciles, es decir, cuando se veían obligados a ir más allá de las normas que los obligan, y concluye que tales principios son vinculantes, que están allí y se debe aplicarlos y no en cualquier forma, sino a través de su fórmula aritmética.

En el segundo enfoque no hay un derecho preexistente y, por ello la decisión del operador jurídico es un acto de discreción aplicado *ex post facto*. No hay justificación satisfactoria para la decisión.

Al pretender el objetivo de defender la racionalidad de las decisiones judiciales, debe entenderse que los principios son vinculantes para el operador jurídico, pues, en el evento de un caso difícil la legitimidad de la decisión adoptada quedaría en duda. No podría determinarse apriorísticamente cual debería ser la solución del caso debido a que la aplicación de principios por parte del intérprete, que irían más allá de las normas que les obligan, aparejaría consigo la creación de una nueva norma jurídica. Este particular fenómeno es el que advierte Dworkin al afirmar que

(...) los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas. Una vez decidido el caso, podemos decir que **el fallo crea una norma determinada** (por ejemplo, la norma de que el asesino no puede ser beneficiario del testamento de su víctima). **Pero la norma no existe antes de que el caso haya sido decidido; el tribunal cita principios que justifican la adopción de una norma nueva.** (Dworkin, 1997, pág. 80) (negrillas fuera de texto)

Por otro lado, la dimensión del peso que se denuncia propia de los principios, que tanto se le atribuye a Alexy, y que le permite a este realizar toda esta *aritmética de la ponderación*, para utilizar los términos del profesor García Amado, es ya explicada en la obra de Dworkin como sigue:

Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más

importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene.

Las normas no tienen esta dimensión. Al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o que no son *funcionalmente* importantes (la regla de béisbol de que tres lanzamientos fallados significan la exclusión es más importante que la regla de que los corredores pueden avanzar sobre una base, porque la alteración de la primera regla modificaría mucho más el juego que la de la segunda). En este sentido, una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento. Pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de otro modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso.

Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas. Un sistema jurídico podría regular tales conflictos mediante otras normas, que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la posterior, o la más especial o algo similar. Un sistema jurídico también puede preferir la norma fundada en los principios más importantes. (Nuestro propio sistema jurídico se vale de ambas técnicas.) (Dworkin, 1997, págs. 77-78)

De hecho, la apreciación realizada por parte del profesor García Amado acerca del hecho de que los principios no poseen peso y que esta es solo una metáfora, es irrelevante si se asume mejor el término de *importancia* utilizado por Dworkin, mucho más preciso a la hora de explicar la cualidad que se pretende denunciar propia de los principios.



Para el profesor García Amado, uno de los pocos autores contemporáneos que se autodenominan positivistas, la ponderación como método carece de autonomía, dado que el resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales y/o legales que vengan al caso, además, cuando los Tribunales Constitucionales dicen que ponderan siguen aplicando el tradicional método interpretativo/subsuntivo lo que implica que no hay diferencias cualitativas, como sugiere Alexy, entre reglas y principios y que todo caso, tanto de legalidad ordinaria como constitucional, puede ser presentado, decidido y fundamentado como caso de conflicto entre principios (incluso constitucionales) o de subsunción bajo reglas (García Amado, 2018, pág. 1).

La ponderación carece entonces de relevancia, pues, la elección de los principios sobre los cuales se aplica y su resultado está decisivamente condicionado por las interpretaciones previas que de las normas que vengan al caso haya hecho el Tribunal, y, con ello, por las contingentes valoraciones o preferencias del Tribunal. Además, muestra García Amado, utilizando los mismos ejemplos dados por Alexy en su Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales como paradigmáticos de cada uno de los tres subprincipios del principio de proporcionalidad, que i) *el principio de idoneidad sólo opera, y opera bien, cuando se ha predecidido entre qué dos derechos o principios tiene lugar el conflicto que en el caso se dirime*. Y es tal predecisión la que *predetermina el resultado final de la aplicación del principio de idoneidad*. ii) Si dejamos fuera de nuestro campo de atención todo esto y atendemos sólo al juicio final de idoneidad, dando por buenas sin discusión, como si fueran perfectamente evidentes, las premisas de dicho juicio, dejamos de atender a lo esencial y miramos sólo a lo secundario. Igual que hacían los formalistas ingenuos del siglo XIX. La diferencia sería sólo de lenguaje: aquéllos entendían la decisión jurídica como cálculo o mero silogismo; hoy los partidarios de la doctrina de la ponderación la entienden

(al menos en los casos de conflicto entre principios) como puro pesaje, como medición. Unos y otros abominan de la interpretación y sus incertidumbres. iii) *la regla de necesidad está siempre al albur de la imaginación*: en cuanto alguien acierta a imaginar una medida verosímilmente mejor, deja de ser necesaria la medida examinada. Y raro será que tal imaginación de una medida mejor no sea posible. Así que el juicio de constitucionalidad dependerá por completo de lo rica que sea o deje de ser la imaginación del Tribunal. El juicio de necesidad depende de la imaginación del Tribunal. El de proporcionalidad en sentido estricto depende de sus preferencias valorativas y iv) las diferencias entre el procedimiento o método de ponderación y el de subsunción son sólo aparentes o superficiales – son esencialmente intercambiables - y todos o la mayoría de los casos judiciales (o al menos todos los casos difíciles) pueden ser reconstruidos y tratados de las dos maneras y, de hecho, es más comprensible y aparenta mayor racionalidad (por ser más tangibles y más abiertamente analizables y argumentables los parámetros utilizados) si se reconstruye según un procedimiento interpretativo/subsuntivo que si se presenta, tal como hace Alexy, como ejemplo de aplicación del método de ponderación (García Amado, 2018, págs. 3-14).

#### 4.4. Jerarquización de principios constitucionales

El uso de la técnica ponderativa, según pretende Alexy, debería asegurar el camino a la razonabilidad de las decisiones judiciales. Los excesos y arbitrios del operador judicial deberían quedar desterrados, por lo menos en buena medida, de las resultas de tal o cual decisión. En cierta medida, Alexy está en consonancia con la tesis de Dworkin de la inaceptabilidad de la discreción judicial si nos tomamos *los derechos en serio*.

Pero la propuesta de Dworkin y de Alexy, muy a pesar de lo que erróneamente se cree, son diferentes, en especial en la forma en cómo se plantea la aplicación de los principios jurídicos, pues, el primero resuelve, siguiendo la línea de Rawls, el problema de la jerarquización de principios al dejarla en manos del congreso y, con ello, destierra la discrecionalidad del operador jurídico. El profesor Mejía Quintana, al denunciar que en el contexto colombiano ha hecho carrera la creencia de que *Ponderación y Balanceo* son lo mismo, plantea lo que sigue:

Esta divergencia se presenta básicamente en que para Dworkin, en la línea de Rawls, los principios tienen un peso específico, en el caso de USA dado por el Constituyente de Filadelfia inicialmente, y es ese balanceo (*balancing theory*) el que debe ser interpretado adecuadamente por el juez, en el ejercicio adjudicativo, para darle al principio en conflicto el peso correspondiente. El juez debe desentrañar y justificar en los tres momentos, preinterpretativo, interpretativo y postinterpretativo, el peso correspondiente de un principio frente a otro.

Por el contrario, Alexy operará partiendo de unos principios aparentemente horizontales cuyo conflicto tiene que ser resuelto en función de optimizar la aplicación del uno o del otro frente a un caso concreto particular, gracias a unas subreglas que permiten determinar el grado de optimización práctica entre ellos, logrando afinar un criterio pragmático de implementación en la aplicación de los derechos. (Mejía, 2012, pág. 75)

Al colocar dos principios en una balanza -imaginaria como es apenas obvio- como lo describe la técnica de la ponderación, no es posible de entrada determinar cual tiene más peso que el otro. Y no es esto posible por el simple hecho de que estos no tienen un peso determinado a priori, vale decir, el concepto de peso abstracto, tal y como lo propone Alexy, no es satisfactoriamente descriptivo de la realidad. De hecho, si esto fuera posible el test de ponderación de principios constitucionales se tornaría, en cierta medida, innecesario.

Este tema trata realmente sobre la posibilidad de una jerarquización de principios constitucionales, de si es posible la afirmación inequívoca de que tal o cual principio, de manera abstracta, debe prevalecer siempre ante otro que pretenda oponerse. El derecho es casuístico. Si digo que la honra debe prevalecer ante la libertad de expresión no me es posible asimilar esta afirmación de forma abstracta, debo imaginar un caso para poder digerir tal afirmación.

Ahora bien, supongamos que tal jerarquización existe en la conciencia colectiva que se tiene del derecho, vale decir, en los valores de una sociedad específica. Traigamos a colación el caso de la niña que requiere una transfusión de sangre que compromete seriamente su vida pero que los padres no permiten de conformidad con sus convicciones religiosas. En tal evento se encuentran en la balanza por un lado LA VIDA y por el otro la LIBERTAD RELIGIOSA. Considerado de

forma abstracta el ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO otorga mayor peso a la vida; por lo menos en eso concuerdan la mayoría. Realmente si realizamos una lectura histórica de los derechos de libertad estos revisten una importancia nuclear en los estados modernos, quizás mayor a la vida considerada en su concepto meramente biológico.

Debemos tener ciertas reservas en cuanto a la existencia de tal peso abstracto de los principios como algo indiscutible. Se suele decir que, por ejemplo, el derecho a la vida tiene mayor peso abstracto que la libertad religiosa, pues, sin esta primera no es posible la realización de esta libertad y, de hecho, de ninguna otra. Desde un punto de vista corto de mira no podría realizarse ninguna objeción a tal afirmación, pero, esto solo es válido si se asume la vida como simple concepto biológico, como *ser en sí*; si se piensa en la vida como un *ser para sí*, cómo de hecho se ha entendido por la jurisprudencia colombiana, los derechos de libertad, ya sea de culto u otra, serían un sustrato de la vida, una *conditio sine qua non*.

Partiendo del hecho de que hemos determinado que un principio precede al otro de forma abstracta de forma satisfactoria, para el caso la VIDA prima sobre la LIBERTAD RELIGIOSA, debemos determinar como segunda medida *para el caso específico* cuál de los dos principios tiene mayor *peso específico*. Cabe aquí una pregunta ingenua: ¿no es esta la solución al caso?

Si me es posible determinar **para el caso específico** cuál de los dos principios constitucionales en pugna debe primar, me es posible desestimar la jerarquía abstracta de los mismos, me debe quedar sin duda alguna una solución al caso planteado.

Al considerarse que el derecho a la vida pesa más que la libertad religiosa debo permitir, sino que ordenar, que se realice la transfusión requerida. Por el contrario, si se considera la libertad religiosa de mayor envergadura, hay que dejar que la niña muera según los designios de su divinidad.

Para muchos este caso es de fácil solución, pues, no imaginan de qué forma la libertad religiosa pueda prevalecer ante el derecho a la vida. No obstante, a nuestro parecer la falta de dificultad en este evento se debe a que es una menor la que requiere la transfusión sanguínea y, en este evento, es discutible que el término de libertad religiosa esté bien empleado. Es cuestionable que una menor tenga este tipo de libertad y, por ende, el conflicto entre principios es apenas aparente. Al sustituir a la menor por una persona mayor de edad estaríamos frente a un sujeto que decide morir antes que vivir en pecado según sus creencias religiosas.

Nótese que en la Sentencia T-411-94, de donde Bernal Pulido extrae el ejemplo, la Corte Constitucional nunca reconoce tal conflicto entre principios, de hecho, la argumentación esbozada se dirige precisamente a puntualizar que no se puede instrumentalizar a la menor so pretexto de “respetar” las creencias religiosas de sus padres. Veamos:

Es inconcebible que en aras de la libertad religiosa, una persona pase sobre el derecho de otra. No puede así excluirse de la protección del Estado y de la sociedad a un menor so pretexto de respetar las creencias religiosas de sus padres por más acendradas que éstas se manifiesten. Jurídicamente es inconcebible que se trate a una persona -en el caso sub examine una menor- como un objeto de los padres, pues su estatuto ontológico hace que se le deba reconocer, en todo momento, el derecho a la personalidad jurídica, la cual comporta la titularidad de los derechos fundamentales, y

principalmente de los derechos a la vida, a la integridad física, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad. Las creencias religiosas de la persona no pueden conducir al absurdo de pensar que, con fundamento en ellas, se pueda disponer de la vida de otra persona, o de someter a grave riesgo su salud, y su integridad física, máxime cuando se trata de un menor de edad, cuya indefensión hace que el Estado le otorgue una especial protección.

No obstante, se utiliza este ejemplo porque se asume que el lector está familiarizado con el mismo, y se espera que haya sido suficiente para exponer el hecho de que es todo un desafío pretender una jerarquización de principios, máxime si se asumen estos de una forma horizontal, vale decir, ninguno precede a otro abstractamente considerados, pero se pretende luego jerarquizarlos en un caso en concreto.

¿Cómo determino el peso de un principio? Una norma no tiene peso fácticamente hablando, pero asumiendo esta metáfora que hace alusión a la mayor o menor jerarquía de cada uno de los principios constitucionales, así sea solo para un caso específico, debemos afirmar que **no existe forma objetiva u objetivable para realizar tal determinación, por lo menos de una forma cuantitativa.**

La propuesta de Alexy indefectiblemente ha de sufrir de un problema de criterios, máxime si pretende presentarse la “fórmula del peso” de una forma matemática. No existe un criterio universalizable que me permita determinar que X principio posee un peso equivalente a un 5 o a un 1, ni que el grado de afectación equivale a 3, por ejemplo.

En últimas, ante la colisión -para usar la misma terminología- de dos principios constitucionales primará el que el intérprete considere aplicable al caso y todo intento de reglar esa toma de decisión no hace más que maquillar un proceso que no se puede pretender sea mecánico. Afirma al respecto el Profesor Mejía Quintana que

En efecto, con la ponderación de principios Alexy propicia una alta discrecionalidad del juez en la medida en que, al escoger un principio frente a otro en orden a optimizar su aplicación para la solución de un caso concreto, el momento de selección que excluye a uno y asume el otro, primero, no puede ser acompañado racionalmente en la medida en que, pese a las subreglas de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, constituye un criterio profundamente subjetivo y arbitrario del juez y, segundo, introduce con ello patrones axiológicos particulares que ambientan una decisión buena para quienes compartan tal abanico de valores pero no justa para quienes no la hacen.(...) La ponderación favorece “decisiones buenas para algunos” y no “decisiones justas para todos”, creando así, a largo plazo, una gran inseguridad jurídica pero también propiciando una deslegitimación progresiva del sistema jurídico. Esto en la medida en que las decisiones judiciales van a estar signadas por un alto grado de discrecionalidad y, en cuanto no son compartidas sino por las formas de vida cuyos valores se ven en la decisión representados y defendidos, son confrontadas por las formas de vida que se sienten con la misma discriminadas. La sociedad pierde confianza en las decisiones judiciales porque percibe que no responden a una regla cierta y confiable. (Mejía, 2012, págs. 92-93)

Ponderar dos principios en la propuesta de Alexy consiste en hallar un punto medio en el cual ambos principios sean realizados en la mayor medida posible. Este es un concepto netamente económico conocido como Óptimo de Pareto y consistiría en una situación en la cual no es posible



lograr una mejora significativa de una parte sin desmejorar a la otra. Equivaldría, en cierta medida, a pensar los derechos como mercancías.

Así cómo el Barón de Münchhausen decía haber escapado de una ciénaga tirando de sí mismo la teoría de la ponderación afirma haber encontrado una justificación a las decisiones judiciales. Las decisiones serían racionales, en el evento de colisión de principios, en tanto sean el resultado de la aplicación del principio de proporcionalidad – racionalidad procedimental-, a través del método desarrollado por Alexy, pero la racionalidad de dicho método carece de justificación. Le antecede, a la aplicación de cada uno de los subprincipios, a la elección de los principios en colisión y la determinación de su peso, a la elección de medios y fines, entre otros, un momento interpretativo, entendido como experiencia humana del mundo, al que se le pretende otorgar un papel secundario.

La razón principal para tomar en serio la teoría de la ponderación de Robert Alexy apunta y se reduce a su funcionalidad. Es deseable que se tenga una técnica o método que permita determinar cuál de los principios en pugna deba ser aplicado que simplemente aceptar que esta es una decisión arbitraria del intérprete. No obstante, la aplicación de principios de forma alfabética podría ser igual de funcional. Si en un caso concreto *colisionan* los principios a la libertad de expresión y el derecho a la honra, debe primar este último en atención estricta al orden alfabético.

Una y otra técnica es igual de funcional, ambas nos dan una solución al caso, nos dicen cuál de los dos principios en *colisión* aplicar, de hecho, su aplicación alfabética es en efecto mucho más sencilla y clara. No obstante, por alguna razón aplicar los principios de acuerdo con su orden

alfabético es sumamente irresponsable, y ello porque esta directriz para la aplicación de principios constitucionales carece de racionalidad. En este mismo sentido, si la teoría de la ponderación propuesta por Alexy carece de sustento racional, sería una innecesariamente complicada e igualmente irresponsable técnica o método de aplicación de principios constitucionales.

## **5. PONDERACIÓN DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO.**

Aterrizando en el contexto nacional, nos permitiremos hacer alusión al tema de las medidas de aseguramiento en el ámbito penal, en el cual se remite, tanto en la dogmática como en la jurisprudencia, a la aplicación del principio de proporcionalidad a efectos de determinar la procedencia de la imposición de estas. La particular relevancia de esta temática está dada por el hecho de que a diario los jueces deben decidir solicitudes de esta naturaleza.

Analizaremos la providencia AP7109-2016 con Radicación N° 46148, de octubre doce (12) de dos mil dieciséis (2016), proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con ponencia de la Dra. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR, mediante la cual se resuelve recurso de apelación en contra de la decisión adoptada por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, por medio de la cual fue decretada la preclusión de la indagación adelantada por el delito de prevaricato por omisión en contra del Fiscal Quince Seccional de Monterrey, Casanare.

La presunta comisión del punible de prevaricato por omisión por parte del Fiscal investigado se deriva del hecho de que realizó imputación en contra de un ciudadano por el delito de homicidio y se abstuvo de solicitar medida de aseguramiento en contra de este. El problema jurídico en este asunto se reduce al hecho de determinar si el delegado de la Fiscalía tenía el deber de solicitar la imposición de dicha medida de aseguramiento. Los hechos los resume la Corte Suprema de la siguiente forma:

1.1. Javier Humberto Herrera Noguera fue lesionado con arma corto punzante de pequeña dimensión -10 centímetros aproximadamente- por Jorge Iván Inocencio Oropeza, durante riña acaecida por motivo de celos entre estos el 19 de junio de 2012 a las 2:20 a.m., en el municipio de Monterrey. El lesionado, después de haber sido remitido al centro de salud del mismo municipio, donde le fue diagnosticada herida leve y estado de inconsciencia por embriaguez, falleció a las 4:30 a.m.

Jorge Iván Inocencio Oropeza estuvo pendiente de la situación del herido y cuando se enteró de su deceso se presentó a las autoridades de Policía ante las cuales: contó cómo sucedieron los hechos, aceptó la autoría de lo ocurrido y permitió que se le practicara examen de alcoholemia -con resultado negativo-. De esto los uniformados dejaron constancia y le permitieron continuar en libertad, por cuanto no fue capturado en flagrancia.

Las diligencias fueron asignadas al Fiscal Quince Seccional de Monterrey Casanare, ERNESTO TÉLLEZ PARRA, quien, en audiencia llevada a cabo el 18 de octubre de 2012, formuló imputación por homicidio contra Inocencio Oropeza, pero se abstuvo de pedir medida de aseguramiento.

1.2. La denuncia presentada por Gonzalo de Jesús Herrera Gómez mediante apoderada, se centró en que el fiscal indiciado violó el ordenamiento jurídico por no haber solicitado detención preventiva.

La particular relevancia de esta decisión reside en que, tras determinar que el Fiscal no estaba en el deber de solicitar la detención preventiva, por lo cual confirma la decisión de decretar la preclusión, concluye que para el caso concreto tal petición tampoco era sustentable, para lo cual hace alusión a los requisitos para imposición de una Medida de Aseguramiento por parte del Juez

de Control de Garantías, entre ellos la aplicación del principio de proporcionalidad. Se afirma en tal providencia lo siguiente:

(...) el examen o juicio de *proporcionalidad* abstracto o concreto, requiere: (i) previamente verificar que tanto el *medio* como el *fin* en sí mismos sean constitucionales, es decir que la elección del primero y fijación del segundo estén dentro del margen de acción que proporciona el Ordenamiento a la autoridad competente para su imposición, y (ii) adelantar el test a través de tres subprincipios: *idoneidad, necesidad y ponderación –o proporcionalidad en sentido estricto–*.

La *idoneidad* exige que el medio –restrictivo del derecho individual- sea adecuado para la satisfacción del principio que se beneficia con la realización del fin propuesto, en tanto no es aceptable limitación alguna cuando quiera que con ello no se cumple el propósito constitucional aducido por la autoridad; la *necesidad* demanda que, de todos los medios posibles de idéntica eficacia, el órgano estatal escoja el que sea menos restrictivo de los derechos; y la *ponderación* impone que la intensidad de la limitación de la garantía iusfundamental que implica el uso del medio, no resulte mayor que el beneficio jurídico que puede proveer la consecución del fin perseguido<sup>5</sup>.

En palabras de la Corte Constitucional:

*“El juicio de proporcionalidad es una herramienta argumentativa que incorpora exigencias básicas de racionalidad medios – fines, así como una exigencia de justificación de la actividad estatal cuando esta restringe los derechos fundamentales de las personas. La proporcionalidad*

---

<sup>5</sup> Robert Alexy. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.1993. Pag. 111. (“La teoría de los principios y la máxima de proporcionalidad”).

*(...) es un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales. El test o juicio de proporcionalidad, quedará superado cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada. Estas etapas coinciden con los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en los cuales la doctrina nacional y extranjera ha descompuesto el juicio de proporcionalidad". (Sentencia C-575 de 2009).*

Entonces, el que sea *proporcional la medida de aseguramiento*, como viene de verse, significa que la limitación del derecho fundamental *-la libertad-* que implica su imposición, sea: (i) *idónea* para la satisfacción de alguno de los fines constitucionales que la justifican –seguridad de la sociedad y las víctimas, efectividad de la administración de justicia y comparecencia del implicado-; (ii) *necesaria* para ese mismo efecto en los términos atrás explicados, y (iii) *ponderada*, es decir, que la gravedad de su restricción sea de menor o igual entidad en comparación con la satisfacción del principio o los principios que se pretenden beneficiar con los fines fijados (...)

La particularidad en este evento es que la elección de medios y fines ya está dada por el legislativo, y no está demás decirlo, de modo taxativo. Las Medidas de Aseguramiento son solo las contenidas en el artículo 307 de la Ley 906 de 2004 y sus objetivos son solo los tres definidos en el artículo 308 de la misma normativa. En este evento le está vedado al intérprete apelar a su imaginación, cuestión que no ocurre en la mayoría de las colisiones de principios constitucionales que resuelve nuestro máximo órgano Constitucional.

La ponderación es orientada a tres fines específicos: i) evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, ii) salvaguardar la seguridad de la sociedad o de la víctima y iii) asegurar la comparecencia del imputado al proceso y el cumplimiento de la eventual sentencia condenatoria. Pero el grueso del asunto se encuentra en el hecho de que, para cada caso específico, pueda el operador jurídico considerar que el imputado pueda manipular pruebas, amenazar testigos, representar un peligro para la sociedad, en especial las víctimas, o que exista riesgo de fuga. De hecho, así se ha entendido en materia penal y muestra de ello son las reformas legislativas -a los artículos 309 a 312 de la ley 906 - que tienden a definir, o más bien suministran criterios al juez de Control de Garantías para entender cuando se dan estas tres situaciones. El problema radica, como lo denuncia García Amado, que reducirlo todo a mero pesaje, como pretende la teoría de la ponderación, se hace énfasis en lo secundario, en lo de escasa relevancia, negando el papel de la interpretación tanto de los hechos como de las normas que carga consigo un inmanente fenómeno de indeterminación. Si el intérprete no considera que el imputado sea un peligro para la comunidad, verbigracia, deja de existir un fin al cual orientar la ponderación; en caso contrario, la imposición de una u otra medida (subprincipio de necesidad) dependerá de la particular interpretación que este realice de los elementos con vocación probatoria, restando importancia al análisis de ponderación, pues, cabría preguntarse ¿Qué tan necesaria sería la aplicación de la fórmula del peso de Alexy llegados a este punto?

Lo que se quiere resaltar es que, llegados al punto de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, se ha recorrido por parte del operador jurídico un largo camino interpretativo que viene a restar relevancia al mismo. En el caso que traemos a

colación, por ejemplo, consideró el fiscal investigado, al igual que la misma Corte, que la medida de aseguramiento no era sustentable al no existir fundamentación probatoria que permita demostrar la necesidad de la medida de aseguramiento para la satisfacción de alguno de sus fines constitucionales. Ello quiere decir que es prioritaria la interpretación que de los hechos se haga, a efectos de determinar la peligrosidad, la posible obstrucción de la justicia o el riesgo de fuga; para la apoderada de la víctima el procesado si representaba un peligro para la comunidad, pues, al considerar la necesidad de la medida adujo: *qué puede pensarse de un individuo que portando un arma blanca transgrede a sus congéneres (sic) sin importar causarles la muerte, por tanto la comunidad necesita la protección por parte del Estado.*

Como ya se advirtió, el ejemplo analizado es una especie de aplicación reglada del principio de proporcionalidad, pues, en este están claros los principios en colisión, los medios, fines, y además se suministran criterios al juez para determinar la certeza de las premisas empíricas que sustentarían la intervención; sin embargo, puede determinarse que existe cierto grado de discrecionalidad para el operador, ineludible tras la interpretación fáctica y normativa que este haga del caso -por ejemplo este podría considerar que la medida carece de urgencia- lo que nos obliga a realizar una mayor objeción a los conflictos de principios constitucionales en donde sería el mismo interprete quien defina los principios en pugna, la elección de medios y fines, entre otros.



## 6. CONCLUSIONES

La palabra *conclusión* es demasiado fuerte para este apartado si asumimos todo el esfuerzo que hemos dedicado a las preliminares anotaciones sobre filosofía de las ciencias y que apuntan a la imposibilidad de acceder a un conocimiento conclusivo, absoluto, inmutable y ahistórico. No obstante, asumamos este título como una compilación de ideas fundamentales que estructuran la presente investigación.

Empecemos por recordar que la concepción del mundo de las ciencias de la modernidad y su concepto de verdad de corte determinista, que la asumía como objetiva, atemporal y sin contexto -respondiendo más al concepto de certeza- entró en crisis y con ello la razón occidental. De allí se hace insostenible un concepto de verdad ligado inescindiblemente al saber metódico y se asume que la verdad nada tiene que ver con el objetivismo sino con la racionalidad.

Lo anterior implica un cambio sustancial en el modelo de racionalidad, modelo que es asumido por las teorías de la argumentación jurídica y se traduce en el concepto de lo razonable. La legitimidad del derecho no depende, desde esta nueva óptica, del origen divino del mandato del monarca o de la justicia intrínseca al derecho reconocible por todos. La legitimidad del derecho depende de su racionalidad, entendiendo esta como un horizonte de comprensión desde el cual el hablante justifica sus afirmaciones. Los argumentos son razones que dotan de razonabilidad las decisiones.

Ahora bien, de la mano de Habermas habría que plantear que, dada la indeterminación inmanente al derecho, bien sea por la generalidad de las normas, su vaguedad o textura abierta, entre otras, poco más notoria en los *hard cases*, se hace necesaria la interpretación del operador jurídico de forma tal que se satisfaga tanto el principio de seguridad jurídica como el de corrección normativa, el de la racionalidad de la administración de justicia.

Desde esta tarea encomendada a la teoría del derecho la propuesta de Alexy recibe su primera objeción, pues, cuando se entienden los principios como *mandatos de optimización* se desvanece su sentido deontológico y se asume un sentido axiológico y una estructura teleológica que Habermas entiende propia de los valores. Así, la concepción de Alexy convierte a los principios en bienes jurídicos apetecibles y favorece “decisiones buenas para algunos” y no “decisiones justas para todos”, en el entendido de que la elección del principio a optimizar dependerá del abanico de valores que comparta el operador jurídico, propiciando una alta discrecionalidad jurídica y con ello dejando insatisfecho el ideal de la seguridad jurídica.

La distinción entre principios y reglas que asume Alexy, en el entendido de que no es una propuesta nueva, es utilizada para plantear que la aplicación de unas y otras, atendiendo a su particular estructura, debe realizarse de forma distinta: las reglas deben ser aplicadas a través del tradicional método de la subsunción y los principios a partir del método de la ponderación. No obstante, en palabras del profesor García Amado “las diferencias entre el procedimiento o método de ponderación y el de subsunción son sólo aparentes o superficiales – son esencialmente intercambiables - y todos o la mayoría de los casos judiciales (o al menos todos los casos difíciles) pueden ser reconstruidos y tratados de las dos maneras y, de hecho, es más comprensible y aparenta

mayor racionalidad (por ser más tangibles y más abiertamente analizables y argumentables los parámetros utilizados) si se reconstruye según un procedimiento interpretativo/subsuntivo que si se presenta, tal como hace Alexy, como ejemplo de aplicación del método de ponderación. (García Amado, 2018, pág. 14)

La ponderación hace parte del principio jurídico de proporcionalidad, que en esencia es el que exigiría la ausencia – o disminución en la máxima medida- de arbitrariedad en la producción del derecho o, para el caso, en la toma de decisiones judiciales. A su vez, el principio de proporcionalidad se divide en tres subprincipios a saber: i) adecuación o idoneidad ii) necesidad y iii) proporcionalidad en sentido estricto.

Los dos primeros subprincipios están relacionados con las posibilidades fácticas de realización de los principios en colisión, “[l]os subprincipios de adecuación y necesidad se tratan de una optimización relativa a las posibilidades materiales.” (Alexy, 2009, pág. 8), así, según el principio de adecuación, debe excluirse el empleo de un medio que perjudique al menos uno de los principios en pugna sin promover la realización de otro y según el principio de necesidad debe elegirse, de entre dos medios que promueven prácticamente igual la realización de un principio, el que menos intervenga en el principio opuesto. No obstante, el subprincipio de adecuación o idoneidad solo opera cuando ya se han predecido los principios en pugna y el de necesidad depende en últimas de la imaginación del operador jurídico, la medida resultará necesaria en tanto se le haga imposible imaginar una menos lesiva.

En últimas, ante la colisión de dos principios constitucionales, colisión que el intérprete decidirá si existe o no asumiendo que el procedimiento o método de ponderación y el de subsunción son esencialmente intercambiables, primará el que el intérprete considere aplicable al caso y todo intento de reglar esa toma de decisión no hace más que maquillar un proceso que no se puede pretender sea mecánico. Afirma al respecto el Profesor Mejía Quintana que

En efecto, con la ponderación de principios Alexy propicia una alta discrecionalidad del juez en la medida en que, al escoger un principio frente a otro en orden a optimizar su aplicación para la solución de un caso concreto, el momento de selección que excluye a uno y asume el otro, primero, no puede ser acompañado racionalmente en la medida en que, pese a las subreglas de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, constituye un criterio profundamente subjetivo y arbitrario del juez y, segundo, introduce con ello patrones axiológicos particulares que ambientan una decisión buena para quienes compartan tal abanico de valores pero no justa para quienes no la hacen.(...) La ponderación favorece “decisiones buenas para algunos” y no “decisiones justas para todos”, creando así, a largo plazo, una gran inseguridad jurídica pero también propiciando una deslegitimación progresiva del sistema jurídico. Esto en la medida en que las decisiones judiciales van a estar signadas por un alto grado de discrecionalidad y, en cuanto no son compartidas sino por las formas de vida cuyos valores se ven en la decisión representados y defendidos, son confrontadas por las formas de vida que se sienten con la misma discriminadas. La sociedad pierde confianza en las decisiones judiciales porque percibe que no responden a una regla cierta y confiable. (Mejía, 2012, págs. 92-93)

Así como el Barón de Münchhausen decía haber escapado de una ciénaga tirando de sí mismo la teoría de la ponderación afirma haber encontrado una justificación a las decisiones judiciales. Las decisiones serian racionales, en el evento de colisión de principios, en tanto sean el resultado

de la aplicación del principio de proporcionalidad – racionalidad procedimental-, a través del método desarrollado por Alexy, pero la racionalidad de dicho método carece de justificación. Le antecede, a la aplicación de cada uno de los subprincipios, a la elección de los principios en colisión y la determinación de su peso, a la elección de medios y fines, entre otros, un momento interpretativo, entendido como experiencia humana del mundo, al que se le pretende otorgar un papel secundario.

De hecho, aun en un escenario de aplicación reglada del principio de proporcionalidad, en el que estén dados los principios en colisión, los medios, fines, y además se suministran criterios al juez para determinar la certeza de las premisas empíricas que sustentarían la intervención en los derechos fundamentales, puede determinarse que existe cierto grado de discrecionalidad para el operador, ineludible tras la interpretación fáctica y normativa que este haga del caso - cuestión que se mostró con el ejemplo de la ponderación de las medidas de aseguramiento- lo que nos obliga a realizar una mayor objeción a los conflictos de principios constitucionales en donde sería el mismo interprete quien defina los principios en pugna, la elección de medios y fines, entre otros.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, A. (1990). La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *DOXA*(8), 23-38.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*(66), 13-64.
- Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*(11), 3-14.
- Atienza, M. (1987). Para una razonable definición de <<razonable>>. *DOXA*(4), 189-200.
- Atienza, M., & Ferrajoli, L. (2005). *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. Mexico: UNAM.
- Bayón, J. (1992). El Concepto Gadameriano de Verdad. *Anales del Seminario de metafísica*(26), 93-106.
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *DOXA*(26), 1-33.
- Carrillo, Y. (2008). *Temas y Problemas de la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.
- Cassirer, E. (1945). *Antropología Filosófica: Introducción a una Filosofía de la Cultura*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Dworkin, R. (1997). *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Gadamer, H.-G. (1993). *Verdad y Método I*. Salamanca: Sígueme.
- Gadamer, H.-G. (1994). *Verdad y Método II*. Salamanca: Sígueme.
- Gadamer, H.-G. (1996). *Mis años de Aprendizaje*. Barcelona: Herder.
- Gadamer, H.-G. (2003). *Los Caminos de Heidegger*. Barcelona: Herder.
- García Amado, J. A. (1 de abril de 2018). *El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia*. Obtenido de <https://edwinfigueroag.files.wordpress.com/2015/08/lecturas-6-garcia-amado-juicio-de-ponderacion-y-sus-partes-25-p.pdf>
- Gorra, D. (1 de abril de 2018). *Teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy: Sistema de ponderación de principios*. Obtenido de [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria\\_de\\_la\\_argumentacion\\_juridica\\_alex.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria_de_la_argumentacion_juridica_alex.pdf)
- Grondin, J. (1999). *Introducción a la Hermenéutica Filosófica*. Barcelona: Herder.
- Gutierrez, C. (1999). El Teorema de Incompletud de Gödel. *Cubo Mat. Educ.*, 1, 68-75.

- Habermas, J. (1992). *Teoría de la Acción Comunicativa II: Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Taurus.
- Habermas, J. (1999). *Teoría de la Acción Comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus.
- Habermas, J. (2005). *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso*. Madrid: Trotta.
- Hart, H. (1992). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hassemer, W. (2002). *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hawking, S. (2002). *Historia del Tiempo*. Barcelona: Crítica.
- Heidegger, M. (2000). *Ontología: Hermenéutica de la Facticidad*. Madrid: Alianza.
- Heisenberg, W. (1959). *La Física y la Filosofía*. Buenos Aires: La Isla.
- Heisenberg, W. (1985). *La Imagen de la Naturaleza en la Física actual*. Barcelona: Orbis S.A.
- Husserl, E. (2008). *La Crisis de las Ciencias Europeas y la Fenomenología Transcendental*. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- Kuhn, T. (1971). *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Mejía, O. (2012). El dilema histórico de la decisión judicial: La teoría del Derecho de Jürgen Habermas. *Revista Panameña de Política*(14), 67-103.
- Mercado, D. (2001). La interpretación en el Derecho. *Revista Jurídica* Nº15.
- Mercado, D. (2008). *Manual de Teoría Constitucional*. Bogotá: Rodrigo Quito Editores.
- Neumann, U. (2006). *La pretensión de verdad en el derecho y tres ensayos sobre Radbruch*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Neumann, U. (2006). *La Pretensión de Verdad en el Derecho y tres Ensayos sobre Radbruch*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Putnam, H. (1988). *Razón, Verdad e Historia*. Madrid: Tecnos.
- Reale, G., & Antiseri, D. (1991). *Historia del Pensamiento Filosófico y Científico*. Barcelona: Herder.
- Recaséns, L. (1956). *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Ribeiro, G. (2010). Retórica y racionalidad jurídica. (U. C. Uruguay, Ed.) *Revista de Derecho*, 143-170.
- Vattimo, G. (2000). Historia de una coma: Gadamer y el sentido del ser. *Revista Internacional de Filosofía*(213), 45-62.